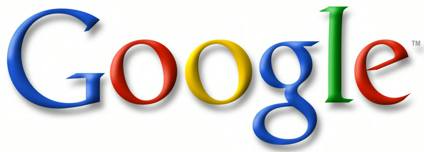
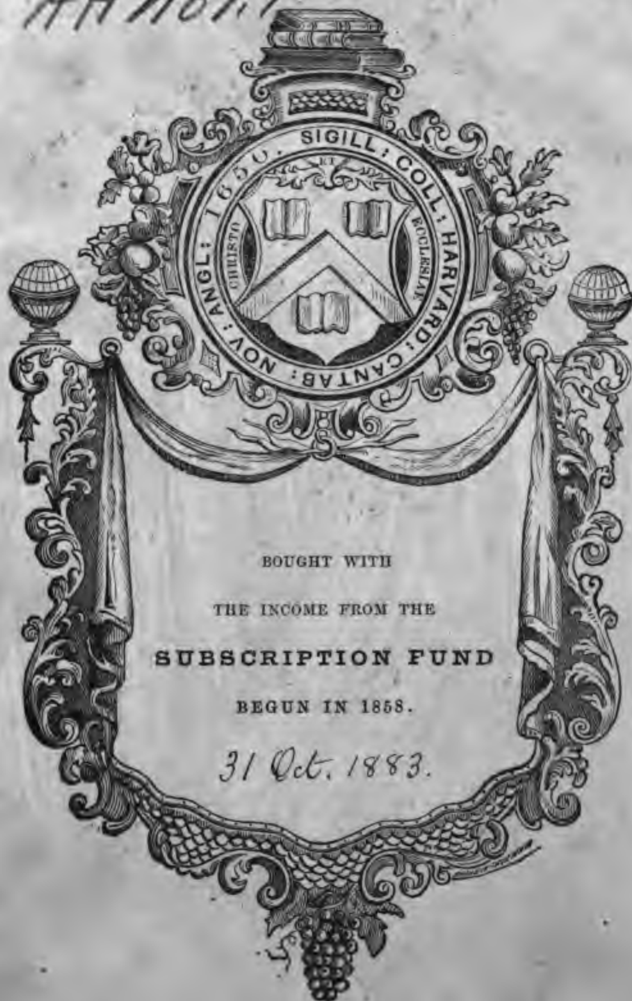
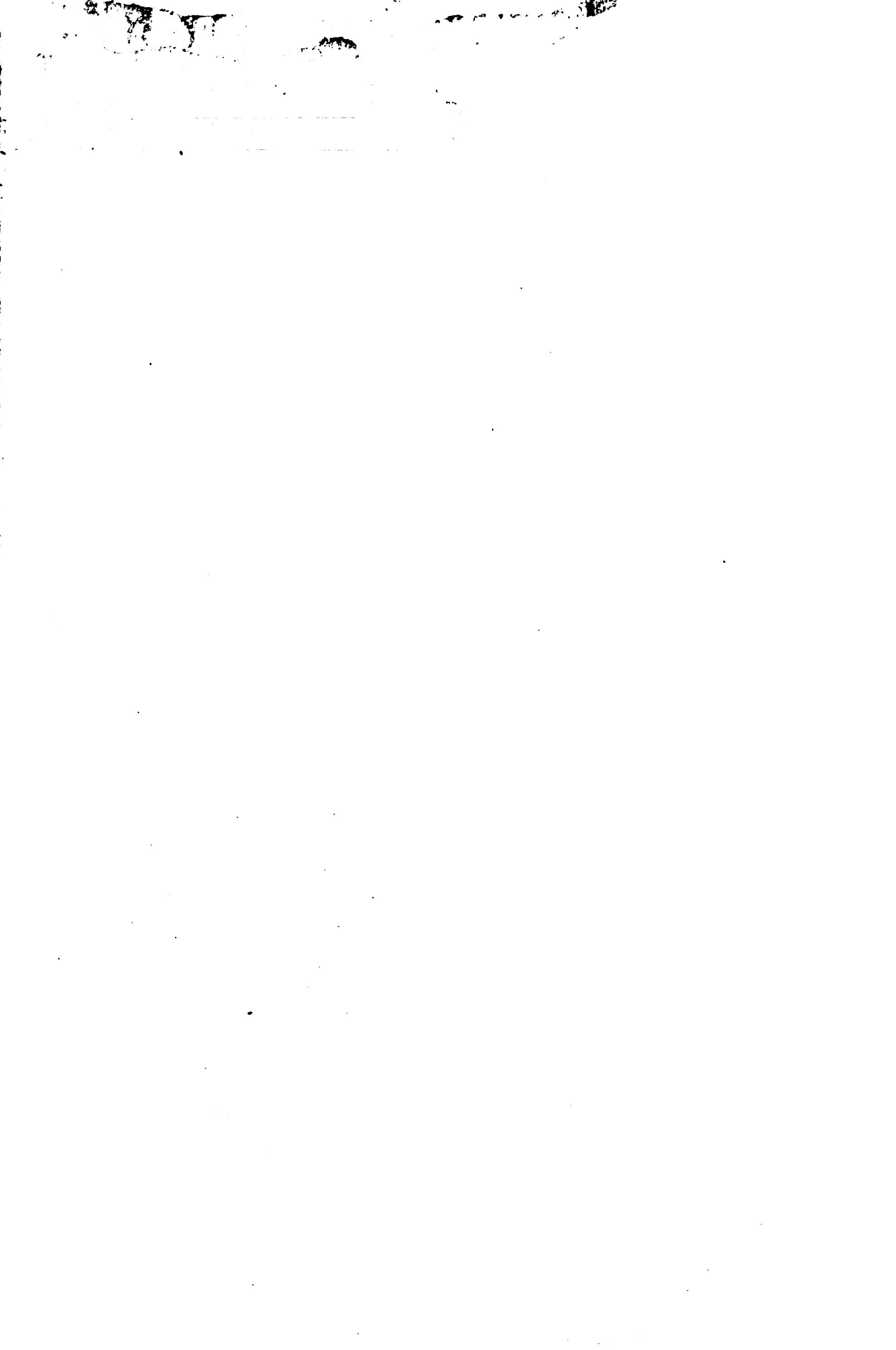
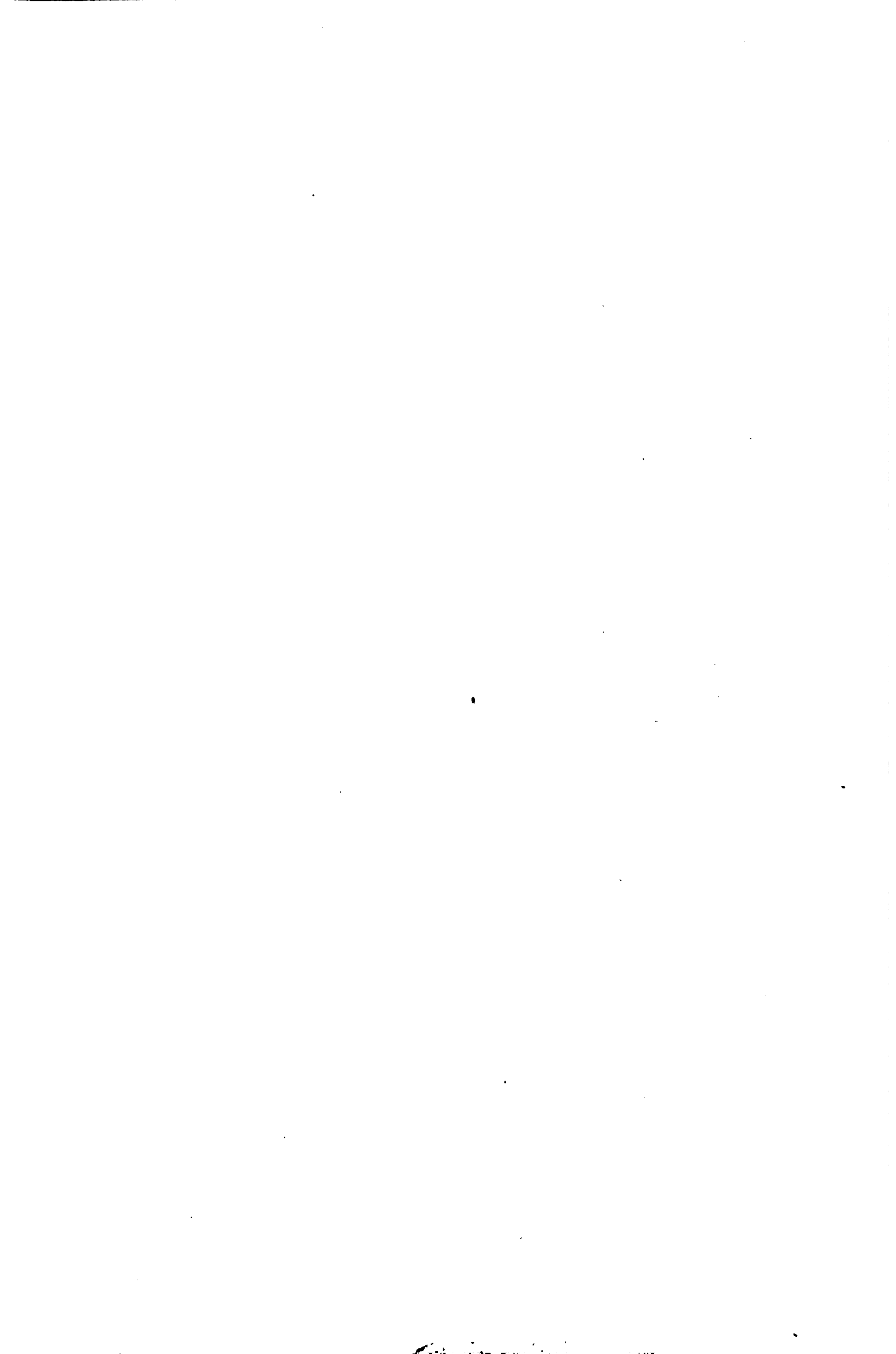



SIGILL : COLL : HARVARD : CANTAB : NOV : ANGL : 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
BOUGHT WITH
THE INCOME FROM THE
SUBSCRIPTION FUND
BEGUN IN 1858.
31 Oct. 1883.







ESSAI HISTORIQUE

SUR LA

TUTELLE EN DROIT ROMAIN

PAR

CHARLES LE FORT

Avocat.



GENÈVE

IMPRIMERIE DE FERD. RAMBOZ ET Cie

RUE DE L'HÔTEL-DE-VILLE, 78

1850

INTRODUCTION.

La place importante occupée par la tutelle dans l'ensemble des relations civiles suffirait pour justifier des études qui, en faisant connaître l'état de cette partie du droit dans les législations anciennes, peuvent contribuer à une intelligence plus complète de la législation actuelle. Mais la nature de cette institution nous paraît donner aux travaux relatifs à son histoire, un autre genre d'intérêt.

Si l'exercice des droits civils dépend de quelques conditions, tous ceux chez lesquels elles n'existent point ne pourront faire par eux-mêmes aucun des actes compris dans cet exercice. Une condition est tout au moins indispensable : c'est un certain degré d'intelligence et de volonté : or il n'existe ni au-dessous d'un certain âge, ni dans un état exceptionnel de maladie. D'autres conditions sont elles exigées par les institutions particulières d'un État, de nouvelles catégories de personnes, tout un sexe peut-être, seront entravés dans l'exercice de droits qui néanmoins leur appartiennent.

Remédier à un tel état de choses est une obligation essentielle à toute société bien organisée. Elle doit, semble-t-il, pour atteindre ce but, confier à des citoyens capables de tous les actes de la vie civile, chacune des personnes incapables, et les charger d'exercer les droits de celles-ci, d'administrer leurs biens, de prendre tous les soins qu'exige leur position anormale. La société, considérée dans son unité politique, l'État reculerait devant une pareille tâche : il y a été pourvu dans la constitution providentielle de l'humanité. Les enfants qui forment la seule classe dont l'incapacité soit absolue et générale, trouvent dans leur père, bien plus que ce que nous réclamions tout à l'heure. L'État détermine diversement l'énergie et

la durée de l'autorité paternelle : il ne la constitue point, et il ne saurait s'en passer. Lorsqu'elle cesse avant que l'âge des enfants leur permette de se suffire à eux-mêmes, une protection spéciale doit être organisée : c'est la tutelle. Même alors, l'État n'est pas seul à intervenir. Il a pour intermédiaire la famille, dont la mort du père n'a pas fait disparaître les liens. En thèse générale c'est à la famille que, sous diverses formes et dans de certaines limites, est attribuée la tutelle soit des enfants, soit des autres personnes que nous avons mentionnées. Étudier la tutelle dans son développement historique, c'est donc en un sens, mesurer la position respective de la famille et de l'État, examiner l'organisation et le rôle permanent de la première, les tendances et la sphère d'action de celui-ci, pénétrer ainsi la nature des institutions sociales.

Si ce point de vue nous a souvent frappé dans le cours de nos recherches, et a contribué à leur donner de l'intérêt, notre prétention n'a pu être de le réaliser. Les limites très-restreintes du temps donné pour la composition de cet Essai [1], ont forcément réduit notre étude historique à celle du droit romain. Profitant de quelques travaux remarquables publiés sur ce sujet en Allemagne depuis une vingtaine d'années, nous avons simplement tenté une exposition rapide des principes de la législation romaine relatifs à la tutelle. En réunissant les renseignements en petit nombre qui nous ont été transmis sur le droit d'Athènes, nous avons voulu aider à reconnaître ce qui, dans le droit romain, est conforme à l'esprit général de l'antiquité.

[1] Ce mémoire est destiné à être présenté comme thèse, dans le concours pour la chaire de droit romain et d'histoire générale du droit, à l'Académie de Genève.

CHAPITRE I[er].

Coup d'œil sur la législation athénienne en matière de tutelle.

On connaissait à Athènes[1] deux espèces de tutelles. La première, ἐπιτροπή, était destinée à protéger les orphelins impubères. La seconde, qui n'avait point de désignation spéciale, était celle à laquelle les femmes étaient soumises durant leur vie entière.

L'ἐπιτροπή ne commençait, pour les enfants, que lorsque la mort du père avait mis fin à l'autorité qu'il exerçait sur eux. Cette autorité elle-même était bien plus une tutelle qu'une puissance, et contraste avec le caractère rigoureux et absolu de *la patria potestas* romaine. L'enfant pouvait avoir des biens indépendants de ceux de son père. Celui-ci les administrait, gardait les revenus en récompense des soins qu'il avait donnés à l'enfant, mais devait rendre les capitaux. Ce pouvoir cessait d'ailleurs à l'âge de dix-huit ans, lorsque le fils entrait dans l'éphébie et était inscrit dans le ληξιαρχικὸν γραμματεῖον[2]. Dès lors, le jeune Athénien jouissait de la plénitude des droits civils : c'est à cette même époque que prenait fin la tutelle.

[1] Voy. Meier und Schömann. *Der Attische Process*, 1824, 8°. — Cauvet. *Organisation de la famille à Athènes* (Revue de Législat. et de Jurispr., 1845, t. III, p. 129 et 433); enfin les indications disséminées dans Rudorff. *Das Recht der Vormundschaft.*

[2] Meier und Schömann, p. 431. — M. Cauvet place la fin de la puissance paternelle à 20 ans, celle de la tutelle à 16.

Le père avait le droit, ainsi que dans la plupart des États de l'antiquité [1], de désigner dans son testament un ou plusieurs tuteurs : ce dernier cas était même assez fréquent, à en juger par les exemples d'actes semblables qui nous ont été conservés.

Lorsque cette désignation n'avait pas eu lieu, l'archonte était chargé de conférer la tutelle. — Il devait le faire en faveur de certaines personnes que la loi appelait à cette fonction : (ἐπίτροπος κατα νομον.) Longtemps on a cru, sur la foi de Diogène Laërce, qu'une loi de Solon avait exclu de la tutelle de l'enfant ses plus proches héritiers. Cette opinion ne peut subsister devant un grand nombre de renseignements formels, et il paraît au contraire que les successibles, parents du côté paternel, dans l'ordre de l'αγχιστεια, étaient chargés de l'ἐπιτροπή, aussi bien qu'ils l'étaient, c'est un principe hors de doute, de la tutelle des femmes.

De cette manière, le tuteur aurait été rarement laissé au choix arbitraire du magistrat.

Les fonctions de l'ἐπίτροπος se rapportaient à la fois à la personne et aux biens du pupille. — Il était chargé de son éducation et devait pourvoir à son entretien : souvent même il le recevait dans sa maison.

Les tribunaux d'Athènes n'admettant devant eux, pour intenter action, que des personnes du sexe masculin et majeurs, c'est au tuteur à représenter son pupille, soit comme demandeur, soit comme défendeur.

Quant à l'administration de la fortune, on se conformait en première ligne à la volonté du père, exprimée dans son testament. Le tuteur se trouvait en outre sous l'empire des

[1] Gaïus, I, § 189.

prescriptions générales de la loi et sous le contrôle permanent du magistrat. Préférait-il, au lieu de s'occuper lui-même de la perception des revenus, affermer la fortune du pupille ; c'est avec l'autorisation de l'archonte et aux enchères publiques, que le bail se contractait : le fermier fournissait un gage dont la solidité était appréciée par des commissaires spéciaux nommés par l'archonte. — Le fermier représentait dès lors le pupille pour la fortune qui lui était remise. Une telle importance était attachée à ce mode d'exploitation, fréquemment employé à Athènes, qu'une action particulière était attribuée au pupille, contre le tuteur qui aurait affermé à trop bas prix.

Lorsque ce mode n'était point adopté, ou ne l'était que pour une portion de la fortune, le tuteur était invité à placer les capitaux en achat d'immeubles et à se détourner des spéculations maritimes ou commerciales.

Le pupille trouvait une garantie dans l'hypothèque qui lui était conférée sur tous les biens du tuteur. — Tout citoyen était admis à surveiller l'administration de ce dernier, et pouvait intenter contre lui une action publique (δικὴ επιτροπής) en outre de celle que nous venons de mentionner.

On sait qu'à Athènes la condition civile des femmes était inférieure à celle des hommes, et qu'en particulier leurs droits de fortune et leur liberté de mariage étaient sacrifiés à l'intérêt général de sa famille. Cette dépendance se montrait dans la défense de disposer par testament, et atteignait son apogée à l'égard de la fille-héritière obligée d'épouser son plus proche parent, afin de lui conserver le patrimoine[1].

[1] Ch. Giraud. *Du droit de succession chez les Athéniens.* (Revue de Législ. et de Jurispr., tome XVI.)

Pour l'exercice des droits civils, la capacité de la femme était également très-limitée. Nous avons vu qu'un homme pouvait seul les représenter. Elles devaient également être autorisées pour tout contrat d'une valeur supérieure à un médimne. Ce conseiller et représentant, qui contrôlait la femme dans tous les actes de la vie civile, s'appelait κύριος, nom que l'on donne aussi au tuteur des orphelins lorsqu'il est envisagé comme administrateur de la fortune. Le κύριος de la femme était successivement son père, son mari, son ἐπίτροπος jusqu'au moment de sa majorité, dont le terme précis nous est inconnu ; puis un tuteur légitime, son proche parent par les mâles. C'était son fils, dès qu'il était lui-même sorti de tutelle [1], ses frères, son aïeul et les collatéraux. Jusqu'au sixième degré, la ligne paternelle prévalait sur la ligne maternelle.

CHAPITRE II.

La famille romaine.

En abordant le droit romain, c'est sur la famille qu'il faut porter notre attention. Les pouvoirs domestiques ont revêtu dans cette législation un caractère si rigoureux que l'ensemble du droit des personnes a dû s'en ressentir, et que déterminer les rapports de ces pouvoirs avec la tutelle est essentiel pour connaître la nature de cette institution.

La famille romaine se compose en effet, de pouvoirs concentrés dans la main de son chef (*paterfamilias*), et

[1] Gaïus, I, § 193 : ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier contrahat maritum auctorem esse jubet aut filium ejus puberem.

persistant jusqu'à sa mort, sans aucune réciprocité de droits. Ses enfants et tous ses descendants dans la ligne masculine sont soumis à la *patria potestas;* son épouse, le plus souvent, et probablement à l'origine de la société romaine, dans tous les cas, est venue en se plaçant sous sa *manus*[1], prendre la position d'une *filiafamilias*[2].

Exercée sur ses enfants (ce qui tient à la femme est à cet égard plus problématique), l'autorité du père excluait dans son omnipotence la juridiction publique, et pouvait s'étendre jusqu'à priver de la liberté et de la vie ceux qui lui étaient soumis. Envisagée au point de vue de la capa-

[1] Ce n'est pas ici le lieu de discuter les questions relatives à l'histoire du mariage romain et à l'origine de sa double forme dans son rapport avec les deux ordres de la population. Parmi les nombreux travaux sur ces questions, nous désirons mentionner un court mais substantiel mémoire (*Zur Geschichte der römischen Ehe*) de M. le doct. Bluntschli, inséré dans le *Schweizerisches Museum für historische Wissenschaften,* tome I, 1837. M. B. cherche à prouver que la *manus* était dans les premiers temps de Rome, la conséquence nécessaire du mariage aussi bien chez les plébéiens que chez les patriciens, le mode seul de la *confarreatio* étant exclusif à ces derniers. — Développant un aperçu de Jacob Grimm, il suppose que le mariage sans *manus*, d'abord simple relation de fait dépourvue de caractère légal, n'aurait été que postérieurement sanctionné par le droit civil et érigé en mariage légitime. L'opinion que la *manus* était dans l'origine la seule forme possible du mariage, est partagée par plusieurs autres auteurs, voy., par exemple, Savigny, *System des heutigen R. R.*, I, § 55. Ginouilhac, *Histoire du régime dotal et de la communauté,* p. 56, etc.

[2] Nous ne parlons pas du troisième genre de *potestas* sur les personnes de condition libre, le *in mancipio esse:* il ne découle point des relations de famille, et n'a d'importance que comme moyen artificiel pour les émancipations et autres actes de l'ancien droit civil.

cité civile, cette sujétion avait des effets non moins remarquables, et ajoutait dans le droit romain une distinction importante *(personæ sui juris — personæ alieno juri subjectæ)*, à celles que tous les Etats de l'antiquité s'accordaient à établir d'abord entre esclaves et hommes libres, puis, parmi ces derniers, entre étrangers et citoyens. Le fils de famille est, en effet, libre et *civis romanus*. En cette qualité, et faisant abstraction de l'influence possible de l'âge, il exerce les droits politiques, il est apte aux fonctions publiques. Sur le terrain du droit privé, il jouit des droits strictement romains de famille et de fortune, désignés dans le langage technique, sous les noms de *connubium* et de *commercium*.

Mais la dépendance d'un pouvoir de famille se fait sentir dès qu'on examine les effets positifs et pratiques de cette capacité, que nous lui avons reconnue *in abstracto*.

Ainsi, le mariage légitime avait pour conséquence directe et nécessaire, la *patria potestas*, pour suite ordinaire la *manus*. Le mariage d'un *filiusfamilias* ne le revêtait d'aucun de ces deux pouvoirs, qui étaient exercés par son père, jusqu'à la mort de ce dernier. Le *commercium* permettait d'acquérir la propriété romaine *(dominium ex jure Quiritium)*, qu'elle provînt d'une transmission de droits réels à titre singulier, d'un héritage ou d'une obligation. Ces acquisitions pourront avoir lieu en vertu d'actes effectués par le *filiusfamilias* ou de dispositions testamentaires en sa faveur. Mais ces acquisitions, sur la tête de quel ayant droit résideront-elles? Ce ne sera point sur celle du *filiusfamilias* lui-même, car c'est un principe fondamental que les *personæ alieni juris* ne peuvent rien avoir en propre: la dépendance d'un pouvoir domestique paralyse l'effet normal des actes juridiques; ce qu'ils acquièrent passe

immédiatement, *ipso jure*, sur la tête du *paterfamilias*. C'est à lui, non au fils acquéreur, stipulant, héritier, qu'aboutiront propriété, créances et successions. Est-ce une dette que le fils a contractée (il est capable, en effet, de s'obliger[1]), l'effet n'est plus le même. Apte à augmenter la fortune du *paterfamilias*, il ne l'est point à la diminuer: c'est le contractant lui-même qui est engagé, mais l'effet de l'obligation acquise contre lui est suspendu jusqu'au moment où, par l'extinction de la *patria potestas*, il sera devenu *sui juris*. La *testamentifactio* lui appartient également; il peut être désigné comme héritier, et prendre part en qualité de témoin au testament d'un citoyen romain. Mais lui-même n'ayant ni droits, ni biens en propre, ne saurait disposer pour cause de mort.

La famille romaine forme ainsi un groupe compact dont les membres sont unis entre eux, sous l'autorité absolue de leur chef, par des liens rigoureux et précis: elle a une vie propre, et pour les actes qui se commettent dans son intérieur, elle est indépendante du reste de la société. Elle n'a qu'une fortune, à l'accroissement de laquelle tous contribuent, mais que le *paterfamilias* seul peut diminuer, engager, dont il dispose arbitrairement. — Exprimer par un seul mot, comme on l'a souvent essayé, l'ensemble de cette organisation, est une entreprise périlleuse. L'idée d'une *unité de personne* ne saurait s'appliquer entièrement au rapport entre le fils et le père, dans lequel le premier ne représente le *paterfamilias* que lorsqu'il acquiert ou stipule, tandis qu'en s'obligeant il demeure distinct de lui, à un rapport qui, malgré sa rigueur,

[1] L. 39 D. de Oblig. et Action (44,7) L. 141 § 2 D. de Verb. Oblig. (45,1).

n'exclut point la possibilité d'une obligation naturelle entre le fils et le père. Quelques effets extrêmes du pouvoir paternel semblent d'autre part ne pouvoir être attribués qu'au droit de propriété; mais convertir ce rapprochement en notion légale, et assimiler le fils de famille, libre de naissance, citoyen romain, appelé à jouir de la plénitude des droits civils, à l'esclave, c'est-à-dire à une chose, c'est, si je ne me trompe, méconnaître l'esprit général des institutions romaines. Pour saisir dans sa vraie nature cette étrange constitution de la famille, il faut chercher à l'étudier dans ses rapports avec l'état de la civilisation et avec les mœurs nationales. Au premier point de vue, on apprend à dégager en elle un élément général qui se retrouve à une certaine période de chaque société, mais qui est ici accompagné de ce caractère d'exclusive rigueur, propre au droit romain. En remontant le cours historique des nations, on parvient à une époque où la famille occupe une place très-considérable: on sent qu'elle a été le berceau de l'Etat, et que ce dernier se dégage avec peine de cette phase première de formation. La famille retient encore plusieurs des éléments de la puissance publique: on lui reconnaîtra, par exemple, une juridiction exclusive pour les crimes et délits commis dans son sein. La propriété, suivant les lois d'un développement progressif[1], intimement lié au développement général de la civilisation, réside encore dans la famille, avant de devenir l'apanage des individus. C'est alors, en faveur de la famille, envisagée comme un seul ayant-droit, que chacun de ses membres travaille

[1] Voyez sur les diverses phases de ce développement l'étude remarquable de M. Ed. Secrétan, intitulée: *Rapport du droit avec l'état économique* (Bibl. Univ. de Genève, sept. et octob. 1849).

et acquiert : la propriété est commune, et d'ordinaire administrée par le chef, jusqu'au moment où ses enfants seront appelés à partager la fortune qu'ils ont contribué à former, et qui leur appartient.

A Rome également, la propriété ne forme qu'un tout pour la famille entière : mais la famille est concentrée dans un seul individu, dont le pouvoir, établi dans son intérêt exclusif, et durant jusqu'à sa mort, dépasse les vrais besoins de ses subordonnés. Ce n'est point l'administration seule des biens de la famille qui lui est confiée : ces biens, accrus par le travail de tous, sont sa propriété exclusive; il en dispose arbitrairement, soit durant sa vie, soit après sa mort, n'étant point lié, dans le premier cas, par le consentement des héritiers (comme pour les aliénations d'immeubles dans le droit germanique); dans le second cas, par le principe de la légitime en matière de successions encore inconnu au temps des XII Tables[1]. Mais le droit positif suffit-il pour donner une idée satisfaisante des relations entre personnes? Ces relations, dans leur partie morale, dans leur exercice de tous les jours, échappent à l'empire absolu de la loi; celle-ci se borne à imposer certaines limites qui ne sont point constamment

[1] Le principe de communauté de fortune qui est à la base de la famille romaine est très-clairement énoncé et mis en présence du droit excessif du *paterfamilias* dans ce passage souvent cité du jurisconsulte Paul : «In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo *domini* existimantur :... itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam *bonorum administrationem consequuntur :* hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, *nec obstat, quos licet eos exheredare, quos et occidere licebat.* L. 11. D. de lib. et posth. (28,2).

atteintes dans la réalité. L'autorité du *paterfamilias* absolue dans la loi, a pu, dans une époque où les mœurs étaient simples encore, coïncider de fait avec les intérêts et les besoins des subordonnés eux-mêmes. Lorsque la vie conjugale présentait la cordialité et la confiance mutuelle que Columelle décrit avec un accent de regret, comme un beau souvenir des temps passés [1], la *conventio in manum* était la position ordinaire de la femme. Quant aux fils, pour découvrir l'état des mœurs et de l'opinion, l'on doit se rappeler que même sous le pouvoir de leur père, ils jouissaient des droits politiques les plus étendus, qu'ils entraient dans le sénat, parvenaient aux charges, qu'ils pouvaient être appelés : Préteurs, à rendre la justice, Consuls, à commander les armées, à sauver la cité romaine, à remporter les honneurs du triomphe. Sans doute, en face d'un pareil état de choses, et chez une nation comme celle de Rome, la soumission à l'autorité domestique n'était envisagée ni comme humiliante, ni comme servile.

Nous avons examiné les effets des pouvoirs de famille d'une manière générale, et comme modifiant profondément la position de classes entières de citoyens qui, sans cette dépendance, auraient eu dans leur plénitude, capacité de droit et capacité d'action. Mais en fait, et d'après l'ordre de la nature, nous trouvons au nombre des *personæ alieno juri subjectæ*, la plupart de ceux qui, par leur âge, sont dans l'impossibilité d'exercer eux-mêmes les droits

[1] Erat enim summa reverentia cum concordia et diligentia mixta.... Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut fæmina proprium esse juris sui diceret, sed in commune conspicabatur ab utroque. Columella. *De re rustica* lib. 12, præf. § 7, 8.

civils, et ont, en conséquence, besoin de cette protection spéciale, que nous avons désignée sous le nom de tutelle. Le pouvoir de famille satisfait-il à ce besoin de protection, ou bien peut-être en détruit-il la nécessité? Maître de la vie de ses enfants, le père saura, s'il le juge convenable, les garantir de tous dangers: leur éducation est entièrement remise entre ses mains. C'est lui qui pourvoit à leur entretien. Quant à l'exercice de leurs droits, à l'administration de leurs biens, il n'y a point lieu à réclamer le concours du père ou de toute autre personne, puisque l'effet de la *patria potestas* est de paralyser les droits civils et d'exclure la possibilité d'une fortune indépendante. Si le fils de famille peut, dans les limites que nous avons indiquées, s'obliger, c'est seulement lorsque son âge est tel que d'après les principes romains on lui attribue la capacité d'action, c'est-à-dire lorsqu'il est pubère[1]; avant cette époque, on n'admet pas que ce qui manque à la validité de ses actes puisse être complété par une approbation ou un conseil de son père: celui-ci donne des ordres et emploie son fils comme un instrument.

De même, si à Rome comme dans le droit athénien, les femmes ne doivent pas agir seules et sans le secours d'un homme, ce secours est superflu, aussi longtemps que la femme sera soumise à la *patria potestas* ou à la *manus*. Enfin les personnes privées exceptionnellement de leurs facultés intellectuelles, n'auront pas besoin non plus d'une protection spéciale, dès qu'elles sont placées sous un des pouvoirs de famille.

La famille, constituée sous l'autorité du *paterfamilias*, est une organisation tellement forte, qu'elle absorbe

[1] L. 141, § 2 de Verb. Obl. (45,1).

toute autre relation de personne à personne, et c'est en dehors de ses liens rigoureux que nous devons chercher la tutelle. Il est deux cas néanmoins, dans lesquels le père prend vis-à-vis de ses enfants la position d'un tuteur vis-à-vis de son pupille. C'est, en premier lieu, lorsqu'il exerce sur l'enfant émancipé des droits analogues à ceux du patron sur l'esclave affranchi, et, par exemple, le droit de tutelle: puis dans le nouveau droit, lorsque l'institution des pécules est développée, le père exerce vis-à-vis du *peculium adventitium* les fonctions de curateur. Dans le premier cas, la puissance paternelle n'existe plus; le second appartient à une époque dans laquelle cette relation juridique a entièrement perdu son caractère. Ces deux exceptions apparentes confirment le principe.

Par la mort du *paterfamilias*, les liens entre les membres d'une même famille ne sont pas complétement anéantis : et ils devront exercer une certaine influence dans l'organisation de la *tutelle* qui ne devient possible que dès ce moment. Les jurisconsultes romains[1] distinguent, en effet, la *familia jure proprio*, constituée sous le pouvoir unique du chef, et la *familia jure communi*, ou à droits réciproques. Celle-ci découle de celle-là. Ceux qui étaient simultanément soumis à la même *potestas* (soit *manus*) ou qui l'eussent été, en supposant le *paterfamilias* encore vivant, formaient sous le nom d'*agnati* la seule parenté reconnue dans l'ancien droit civil, en particulier pour les successions. Les *agnati*[2] comprennent ainsi les

[1] Ulpien, 193 D. de V. Sig. (50,16).

[2] Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione juncti. Gaius I, § 156, reproduit dans § 1. Inst. de legit. agnatorum tutela (1,15).

descendants par les mâles du chef de la famille, lequel, en outre, avait le droit de rompre ce lien par l'émancipation, ou d'y ajouter un anneau artificiel au moyen de l'adoption.

La parenté naturelle fondée sur le lien du sang, quoique exclue du droit strict, offre néanmoins à l'observateur attentif des institutions romaines, quelques signes de son existence. Les *cognati* et *affines*[1], connus aussi sous les noms de *propinqui, necessarii*[2], soutiennent entre eux des rapports qui se révèlent dans les cérémonies religieuses et dans certains usages de la vie sociale. Plus tard, ce cercle de parenté sera indirectement reconnu comme base des exceptions aux entraves établies par certaines lois à la libre disposition des biens (*lex Cincia, lex Furia testamentaria*, etc.); puis, entrant en lutte avec les *agnati* sur le terrain même du droit de succession, il sera protégé par les édits prétoriens, jusqu'au moment où il réussit à pénétrer dans le droit civil. Plus d'une fois, dans le courant de ce travail, nous aurons à constater le rôle des *cognati*; nous assisterons au développement de leur influence et à leur triomphe définitif.

Une troisième espèce de parenté s'offre à nous: elle est consacrée dans l'ancien droit civil, et prend place à la suite des *agnati*, en matière de successions et de tutelle. C'est la *gens* qui disparaît rapidement du droit romain. Aussi sa nature est-elle fort contestée et sa constitution

[1] On sait que l'existence et le rôle des *cognati* dans l'ancien droit romain, ont été mis en lumière avec beaucoup de sagacité et d'érudition dans le mémoire de Klenze: *Das Familienrecht der Cognaten und Afines* (Zeitschrift für geschichliche R. W., t. VI).

[2] Festus. Necessari sunt ut Gallus Aelius ait qui, aut cognati, aut adfines sunt, in quos necessaria officia conferuntur præter cœteros.

très-énigmatique. Pour les uns, c'est une *parenté* éloignée, crépusculaire, en quelque sorte, se composant de personnes qui ne peuvent constater que par leur identité de nom, leur commune descendance. Pour d'autres, c'est, au contraire, une association politique, locale, l'élément constitutif de la *curie romaine*, unie par la communauté des sacrifices religieux, par une organisation municipale et une certaine solidarité d'intérêts. — Cette seconde hypothèse nous semble la plus plausible ; mais développer cette question nous entraînerait au delà des bornes de notre sujet [1].

CHAPITRE III.

La *Tutela* et la *Curatio*.

Les institutions juridiques destinées dans le droit romain, en dehors des pouvoirs de famille [2], à la protection des incapables, sont la *tutela* et la *curatio* ou *cura*.—*Ex his personis*, dit Gaïus, *quæ neque in potestate neque in manu neque in mancipio sunt, quædam vel in tutela sunt vel in curatione, quædam neutro jure tenentur* [3]. Il nous faut rechercher la nature propre et les caractères particuliers de ces deux institutions qui s'offrent à nous dans les monuments du droit romain, depuis les XII Tables jusqu'aux Codes de Justinien.

[1] Voyez les dissertations en sens opposé de MM. Ch. Giraud (*Revue de Législat.*, t. III de 1846), et Troplong (*même Revue*, t. I de 1847).

[2] L'ouvrage le plus important sur la tutelle en droit romain est Rudorff, *Das Recht der Vormundschaft*, 3 vol. 8°, Berlin, 1832—1834.

[3] Gaius I, § 142.

Une ancienne définition de la *tutela* est reproduite dans deux textes du *Corpus juris* : — *Tutela, ut ait Servius, est vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum qui propter œtatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa* [1].

Cette définition devait, pour comprendre la tutelle des femmes, être originairement conçue à peu près en ces termes : *ad tuendum eum qui propter œtatem suam, eamve quœ propter sexum*, etc. L'expression de *caput liberum*, établit pour condition de la tutelle l'indépendance des pouvoirs de famille. La cause de l'incapacité est énoncée vaguement dans ces mots : *qui sponte se defendere nequit* : et se servir du verbe *tueri* pour désigner le mode de protection du *tutor*, c'est nous apprendre peu de chose. — En examinant les catégories auxquelles se rapporte chacun de ces pouvoirs, nous parviendrons mieux peut-être à en deviner la nature.

La *tutela* s'étendait sur les impubères des deux sexes et sur les femmes, durant toute leur vie. La *curatio* n'atteignait, dans l'ancien droit, que les fous et les prodigues. Ainsi, tandis que la *curatio* s'applique à des situations exceptionnelles, les deux classes de personnes soumises à la *tutela*, forment une portion considérable du peuple romain. Mais ces deux classes, elles-mêmes, l'une fixée par l'âge, l'autre par le sexe, comment sont-elles réunies sous une autorité identique ? La première ne peut se passer de protection, tandis que l'incapacité de la seconde paraît ne provenir que d'une organisation particulière de la famille ou de l'État.

C'est donc dans les institutions positives de Rome que

[1] L. I, pr. de tutelis (26,1) et § 1 Inst. de tutelis (1,13).

doit être recherché le trait commun qui, réunissant les impubères et les femmes sous un même genre d'autorité, pourra nous en révéler le caractère distinctif.

Dans les premiers âges de Rome, nous voyons le droit privé dominé par le droit public et celui-ci, à son tour, lié de très-près à l'organisation militaire. — Les divisions du peuple s'appliquent à la fois à l'armée et à l'assemblée politique. Les personnes incapables de porter les armes, c'est-à-dire les femmes [1], et les jeunes gens impubères, sont exclus des comices.

Or, les comices ne se bornaient point, dans l'origine, à statuer sur les intérêts généraux de la cité romaine. Les droits les plus importants des familles et des individus y étaient également fixés. L'*arrogatio*, le testament dans sa forme première, s'y effectuaient, et probablement étaient soumis à la ratification de l'assemblée. L'antique procédure des *legis actiones* employée souvent pour des affaires non contentieuses *(in jure cessio)*, et les actes accomplis *per æs et libram*, devant 5 témoins représentant les 5 classes de Servius Tullius, avaient conservé la trace de cette union primitive du droit public et du droit privé. Ces divers actes avaient un caractère politique aussi bien que civil. On n'y exigeait pas seulement la déclaration de volonté d'un individu, mais le vote d'un citoyen. Il semblait, en un mot, que le Romain capable de défendre la patrie (il ne s'agit que de la capacité générale déterminée par le sexe et par l'âge, non de circonstances individuelles) était seul apte à exercer par lui-même tous les actes juridiques.

Dès lors, il existait une certaine infériorité pour les

[1] Cum fœminis nulla comitiorum communio est. Aulu-Gelle, *Noctes Atticæ*, V, 19.

deux classes de personnes exclues de l'armée et des comices. — Ces deux classes étant précisément celles qui sont soumises à la *tutela*, il nous sera permis de conclure : que le pouvoir désigné sous ce nom devait être exercé par des personnes capables de porter les armes, sur des personnes qui ne l'étaient pas, dans le but de remédier aux conséquences civiles de cette incapacité [1].

Le secours prêté par le *tutor* à l'impubère et à la femme, ne pouvait, d'après les principes de l'ancien droit, s'effectuer par représentation. Ce mode, admis pour les personnes soumises à la *potestas*, à la *manus* ou au *mancipium*, était regardé comme impossible entre personnes indépendantes. Les droits étant acquis à la personne même qui agissait, l'eussent été au tuteur, non à la personne placée sous sa tutelle. C'était donc l'ayant-droit, femme ou impubère, qui devait lui-même comparaître et prononcer les paroles solennelles usitées dans l'antique procédure; mais ces paroles, prononcées par un impubère ou par une femme, n'ont de valeur que si elles sont confirmées et corroborées immédiatement par l'approbation expresse du tuteur (*auctoritas*), qui leur imprime un caractère juridique, et complète, pour ainsi dire, la personnalité de l'incapable. Nécessitée ainsi, par le caractère politique de plusieurs actes et par le rigorisme de l'ancien droit, l'*auctoritas* paraît être le trait caractéristique de la *tutela*. Un ensemble remarquable de textes confirme cette présomption. Sans parler des passages dans lesquels *auctor* est pris comme synonyme de *tutor*, *auctoritas* com-

[1] La *tutela* est envisagée comme moyen de remédier à une incapacité politique et militaire, par Rudorff, *op. cit.* I, § 4, et par Wangerow *Leitfaden* I, § 263. Warnkœnig (*Histoire externe du droit romain,* p. 27) mentionne également ce point de vue.

me synonyme de *tutela* [1], nous savons que toute espèce de tuteur est appelé à donner son *auctoritas*, et que là se borne même la tâche de plusieurs d'entre eux, tels que le *tutor muliebris* [2], et le *tutor honorarius*. Être inhabile à l'*auctoritas*, empêche d'être tuteur [3]. D'autre part, le caractère de la *tutela* subsiste indépendamment de l'administration des biens [4]. Celle-ci est l'apanage essentiel du *curator*, qui est, au contraire, tout à fait incapable d'être *auctor* [5].

Suffisante pour distinguer la *tutela* de toute autre notion juridique, l'*auctoritas* ne saurait nous révéler la nature intime et le but complet de la tutelle des impubères et de celle des femmes. Outre le motif général de la *tutela*, chacune d'elles, en effet, poursuit un but particulier. L'âge des impubères les rend incapables de s'obliger eux-mêmes d'une manière valable et d'administrer leur fortune : cette administration formera une partie importante des fonctions du tuteur. La tutelle des femmes, ayant souvent pour effet de les soumettre à l'*auctoritas* de leurs héritiers, sert à compléter le système de dépendance auquel les condamnent l'ancienne constitution romaine et l'intérêt des familles.

[1] *Nullo auctore* pour *sine tutore* : Cic. *pro Cluentio*, c. 5. *Auctoritatem accipere* pour *tutelam accipere*. L. 26, § 2, D. *de test. tut*. (26,23.)

[2] Ulp., XI, § 25 : Mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.

[3] L. 1, § 2, D. de tutelis (26,1) : Mutus tutor dari non potest quoniam auctoritatem præbere non potest.

[4] L. 49 de acq. hered. (29,2).—L. 14, § 1 de solut. (46,3).

[5] Curatorem etiam impuberi dari posse : sed ad *ea quæ solemnitatem juris desiderant*, *tutore auctore* opus esse. L. 19 D. de auctor. tut. (26,8).—L. 17 § 1 D. de appell. et relat. (49,1).

Les mots de *cura*, *curatio*, se sont primitivement appliqués à une relation de fait, et désignent le soin pris d'une personne, d'une affaire, d'un monument; (*cura ægri*, — *cura kalendarii*, — *cura viarum*) : juridiquement, c'est un ensemble de soins institués par l'autorité publique en faveur d'une personne déterminée; c'est la gestion de biens que le propriétaire ne peut administrer lui-même.

Les XII Tables ne mentionnent que deux espèces de curatelles, la *cura furiosi* et la *cura prodigi*.

La *cura furiosi* [1], est celle d'un individu auquel la maladie enlève complétement l'usage des facultés intellectuelles. Elle comprend à la fois des soins pour sa personne et l'administration de sa fortune.

La *cura prodigi* a lieu, ensuite de l'interdiction judiciaire prononcée contre celui qui dissipe son patrimoine [2] par des dépenses inconsidérées et imprévoyantes. Aux yeux des Romains, une pareille conduite était un véritable scandale et un danger pour les enfants du *prodigus*. Aussi ses agnats étaient-ils, d'après l'antique coutume, autorisés à faire prononcer contre lui cette sentence solennelle d'interdiction : « *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem, tibi ea re commercioque interdico* [3].

Dès lors, les droits du *prodigus* étaient considérablement restreints, l'aliénation lui était interdite, et ses biens administrés par le *curator*.

Les édits des préteurs et les constitutions impériales

[1] Cic. de Inv. II, 50. Cic. de Rep. III, 33. Ulp. XII, 2.

[2] Qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit. L. pr. de curat. fur. (27,10).

[3] Paulli S. R. III Tit. IV, A, § 7.

érigèrent peu à peu un grand nombre de curatelles qui, suivant l'homme dès la conception jusqu'après sa tombe, étaient appelées à se charger de l'administration de ses biens ou d'une portion de ses biens, dans toutes les circonstances exceptionnelles qui ne lui permettaient pas d'y présider lui-même.

Nous rencontrons ainsi, outre la *cura ventris et bonorum*[1], les *curationes* occasionnées par l'absence, par des maladies mentales qui n'atteignent point le degré de *furor (mente captus)*, par des infirmités physiques qui entravent l'exercice de certains actes civils[2] : *(surdi, muti)*. La *cura hereditatis jacentis* conserve la fortune du défunt. Enfin, la *cura pupilli* coïncide avec la *tutela impuberum* dont elle ne se distingue que par l'absence de l'*auctoritas*, et la *cura minorum* complète le système de protection nécessité par la faiblesse de l'âge.

L'élément essentiel de toutes ces *curationes*, est l'administration des biens. Il peut y avoir aussi un consentement donné aux actes du pupille, mais le *consensus* est simplement un conseil, une direction, dans le but de préserver des suites de l'inexpérience : ce n'est point là l'*auctoritas* destinée à imprimer un caractère juridique à un acte qui, par lui-même, n'aurait pas une valeur parfaite. Les *personnes soumises* à la *cura*, ou bien sont juridiquement capables, ou bien n'ont aucune volonté. L'*auctoritas* n'a lieu dans aucun de ces deux cas.

Par ce fait, que la personnalité du pupille est complétée par le tuteur, il se forme entre eux un rapport de confiance et de protection (*fides*) plus intime que celui qui

[1] D. XXXVII, 9.
[2] § 4. Inst. de curator. (1,23.)

découle d'une simple administration de biens. Dans l'ancien droit romain [1], l'on comptait la tutelle parmi les *officia* consacrés dans les mœurs et sanctionnés par la religion : le tuteur précédait même le client et l'*hospes*, dans cette hiérarchie qui, chose caractéristique, se terminait par le *cognatus* et par l'*affinis*.

Le caractère que nous venons de signaler se révèle dans plusieurs dispositions des lois romaines. Le dol dans l'exercice de la tutelle entraîne l'*infamia*. Des peines sévères attendent le tuteur qui aurait attenté à l'honneur de sa pupille. Enfin, le tuteur est, ainsi que les plus proches *cognati*, excepté des dispositions prohibitives de la loi *Cincia*, en matière de donations [2]. — Rien de semblable pour le *curator*.

Quoique l'une et l'autre établies dans les anciens monuments du droit civil, la *tutela* et la *cura* se rapprochent, par leur caractère et leur objet, la première, du *jus civile*, la seconde, du *jus gentium*.

L'*auctoritas* est une notion du droit strict, tandis que l'administration des biens et le *consensus* appartiennent au *jus gentium*. Cette double analogie nous fait prévoir la destinée respective des deux institutions. La *tutela* perdra peu à peu son caractère primitif et l'une de ces deux branches, la *tutela muliebris*, dans laquelle il se ma-

[1] « Conveniebat autem facile, constabatque ex moribus populi romani, primum juxta parentes locum tenere pupillos debere fidei tutelæque nostræ creditos ; secundum eos proximum locum clientes habere, qui se itidem in fidem patrociniumque nostrum dediderunt ; tum in tertio loco esse hospites ; postea esse cognatos affinesque. » (Aulu-Gelle, N. A., V, 13.)

[2] Fr. Vat. § 304 « Excipit tutorem.... quia tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt. »

nifestait avec le plus d'originalité, disparaîtra totalement. La *cura* augmente le cercle de ses applications et s'établit d'une manière permanente à la suite de la *tutela impuberum*, en créant, à partir de la puberté, une seconde période de protection. Ce n'est plus dès lors l'incapacité politique qui sert de base à la protection, c'est l'incapacité naturelle, le *rebus suis non superesse*. En même temps, des principes plus larges au sujet de la représentation, rendent l'*auctoritas* moins nécessaire et assimilent toujours plus la *tutela* à la *curatio*.

Afin de mettre en saillie ce développement historique, nous distinguerons dans notre étude la *tutela muliebris* de la tutelle d'âge, nous efforçant, de dessiner la physionomie originale de la première et d'exposer plus en détail, à propos de la seconde, le mode de désignation des tuteurs et la nature de leurs fonctions.

CHAPITRE IV.

De la tutelle des femmes.

Nous trouvons dans le droit romain[1] les femmes placées, au point de vue de l'exercice des droits civils, dans une condition inégale et subordonnée. Ce phénomène que déjà nous avons observé dans Athènes, se remarque également dans l'ancienne Germanie et semble caractériser une certaine phase de civilisation. Lorsque le droit po-

[1] Voy. sur la condition des femmes en droit romain, Ch. Giraud, *Du vrai caractère de la loi Voconia* (Mém. de l'Acad. des sciences mor. et polit.). — Ed. Laboulaye, *Recherches sur la condition des femmes*. Livre I.

litique domine le droit privé, les femmes exclues des fonctions publiques voient restreindre leur capacité civile. De plus, à une pareille époque, la famille a une grande puissance au dehors : elle l'acquiert au moyen de l'unité et d'une forte organisation à l'intérieur. La femme est alors subordonnée à l'intérêt général de la famille, et on ne lui accorde point la libre disposition de ses biens.

Le système de la famille romaine, rigoureux pour toutes les *subjectæ personæ*, pèse plus lourdement encore sur la femme : elle n'échappe, en effet, à la *patria potestas* que pour passer sous la *manus* de son mari. Devient-elle *sui juris*, elle ne peut exercer la *potestas*, et sa fortune ne s'augmente point par les acquisitions de ses enfants ; elle est bien, il est vrai, à la tête d'une famille, mais cette famille s'arrête à elle [1]. En outre, la femme est placée sous tutelle durant toute sa vie.

L'incapacité des femmes à la vie politique est la vraie cause de cette tutelle : aussi les vestales autorisées à agir en public, en qualité de *sacerdotes pro populo*, en sont-elles exemptes [2].

Mais les conséquences de la *tutela muliebris* étaient bien différentes, suivant la personne des tuteurs.

Lorsqu'en l'absence de désignation testamentaire, la fonction de tuteur était attribuée par la force de la loi (*legitima tutela*) au plus proche *agnatus* ou au *patron* de la femme, c'est-à-dire à son héritier présomptif, le secours qu'elle avait à attendre de lui devenait pour elle une sujé-

[1] Est mulier familiæ et caput et finis. L. 195 § 5 D. de V. S. (50,16).

[2] Gaius I, § 145. Cette exemption est attribuée à Numa (Plutarque, *Vie de Numa*).

tion, et la tutelle était essentiellement considérée comme un droit des tuteurs eux-mêmes. Ce point de vue a même fait introduire, pour certains actes, la nécessité de l'*auctoritas*, lorsqu'elle n'eût pas été exigée par les seuls motifs de forme [1].

N'étant soumis, dans leurs fonctions, à aucune responsabilité, ni astreints à un *tutelæ judicium*, les héritiers présomptifs, libres d'accorder ou de refuser l'*auctoritas*, se décideront d'après leur propre intérêt. Il s'agira moins pour eux d'une parente à conseiller, que d'un patrimoine à retenir. Or, les actes de la femme, qui ne pouvaient s'accomplir sans le concours de l'*auctor*, comprenant entre autres, l'aliénation des *res mancipi*, le testa-

[1] L'on peut classer ainsi la plupart des actes juridiques des femmes pubères, qui sont nuls sans la *tutoris auctoritas*.

I. Tous les *civilia negotia* ou *actus legitimi*, et entre autres :

a) Les actes accomplis par *æs* et *libram*, ce qui comprend : — testament, — *mancipationes*, — *cœmtiones*, — *nexi obligatio et liberatio*, tous actes qui reposent sur une représentation symbolique des comices.

b) Les *legis actiones*, s'appliquant soit à la jurisdiction contentieuse, soit à la jurisdiction volontaire (*in jure cessio* — *manumissio per vindictam*) etc.

II. Les *obligations passives* de *droit strict* sont soumises à l'*auctoritas*, soit par motifs formels, soit dans l'intérêt du tuteur. Ainsi l'adhésion à un *legitimum judicium*, les *promissiones*, les *condictiones*, la *dotis dictio*. — Les obligations de formes moins solennelles, ou basées sur le *jus gentium*, engagent la femme valablement : ainsi dépôt, commodat, *constitutum*, adhésion à un *judicium quod imperio continetur, negotiorum gestio*, etc.

III. L'*Aditio* d'une hérédité civile, tandis que la *bonorum possessio* est permise sans *auctoritas*.

IV. Aliénation d'une *res mancipi*. — Remise d'une dette par *acceptilatio*.

ment, et certains genres d'obligation, le tuteur aura tous moyens pour paralyser les dispositions les plus importantes que la femme aurait pu faire à son préjudice. — Ce résultat de la *tutela legitima* est ouvertement énoncé par Gaius[1] et Cicéron envisage la sujétion de la femme à ses agnats comme une prohibition de la faculté de tester[2].

Aussi la tutelle légitime des femmes présente un caractère extrêmement tranché. C'est un droit civil et non point une charge ou une obligation, un droit dérivant de l'agnation, pouvant être l'objet d'une revendication ou d'une *in jure cessio*[3]. C'est un droit qui subsiste indépendamment du fait de son exercice. L'agnat le plus proche est-il pupille, il garde une sorte de *nudum jus tutelæ* et un tuteur datif intérimaire exerce ses fonctions jusqu'à sa puberté[4].

Cette tutelle avec *veto* a donc pour but de veiller à la conservation des biens des familles : elle rappelle les prohibitions sévères du droit grec et certaines entraves mises dans le moyen âge à la libre disposition de la propriété foncière. C'est ainsi que se réalise, dans une mesure plus ou moins grande, cette notion d'une *propriété de famille* que nous retrouvons aux premiers développements des sociétés, et que déjà nous ont révélée l'interdiction pour cause de prodigalité, et surtout l'organisation tout entière de la famille romaine,

[1] Gaius, I, § 192.

[2] Cic. Top. c. 4. Voyez sur ce passage les dissertations de Hoffmann et de Savigny dans le tome III de la *Zeitschrift für gesch. R. W.*

[3] Gaius, I, § 168—171.

[4] Gaius, I, § 179—180.

La tutelle des femmes, placée à la suite de la *patria potestas* et de la *manus*, constituait un état permanent de sujétion, dont les trois degrés étaient parfois, dans le langage ordinaire, tous réunis sous la dénomination unique de *manus*. Lisez, par exemple, dans Tite-Live, les discours prononcés au sujet de l'abrogation de la loi *Oppia*, relative au luxe des femmes. Le rigide Caton, remontant volontiers aux origines de Rome, afin de louer les vieilles coutumes, rappelle avec complaisance qu'un des principes constants de la république a été de maintenir la femme dans la dépendance constante d'un de ses parents :

« Majores nostri, nullam ne privatam quidem rem agere feminas sine *auctore* voluerunt ; *in manu esse parentum, fratrum, virorum* [1]. »

Plus enclin aux réformes, le consul Valerius ne songe point cependant à ébranler la maxime énoncée par son adversaire : il appuie au contraire la motion en observant qu'elle n'empêchera point les femmes d'être, comme auparavant, soumises à leurs pères, à leurs maris, à leurs frères [2].

La rigueur de ce droit provenant de la position intéressée des tuteurs, elle disparaissait dès que la tutelle était remise à d'autres mains. Dès l'origine existaient d'autres modes de délation et l'on s'ingénia à en créer de nouveaux, afin d'éviter à la femme le pouvoir des *agnati*.

[1] Livius, XXXIV. Cap. 2.

[2] Minus *filiæ, uxores sorores quibusdam in manu erunt?* In vestro arbitrio suum ornatum quam in legis malunt esse. Et vos in manu et tutela non in servitio debetis habere eas....... Liv. XXXIV. Cap. 7.

Un tuteur pouvait être désigné par testament[1], soit en vertu de la *patria potestas,* soit en vertu de la *manus.*

Un autre droit était accordé à l'époux, celui d'autoriser sa veuve à choisir elle-même son tuteur. Introduit par la jurisprudence, ce droit était reconnu dans le milieu du sixième siècle de Rome[2]. — La *tutoris optio* est *plena* lorsque le choix peut être indéfiniment renouvelé : *angusta*, s'il ne doit l'être qu'une ou deux fois[3].

En l'absence de tout autre tuteur, l'autorité avait été appelée à en désigner : cette délation, plus récente que les deux premières, s'appliquait aussi à la tutelle des femmes.

Enfin, par la combinaison artificielle d'une *coemptio*, d'une *mancipatio fiduciæ causa* et d'un affranchissement du *mancipium,* la femme parvenait à briser la tutelle légitime pour passer sous l'autorité insignifiante et nominale de l'*extraneus manumissor* (*fiduciaria tutela*).

Différents quant à leur origine, ces tuteurs sont tous compris sous la dénomination de *tutores alterius generis*, qui les distingue des *tutores legitimi.* Pouvant être contraints par le préteur à fournir leur *auctoritas*, ils ne suppléaient qu'à une incapacité de forme, sans y joindre de pouvoir réel. — Aussi, voulant égayer son auditoire aux dépens des jurisconsultes, Cicéron oppose-t-il d'une manière piquante l'institution primitive de la tutelle des

[1] Gaius, I, § 144 sq.

[2] La *tutoris optio* est mentionnée dans le Senatusconsulte des Bacchanales, au nombre des priviléges accordés à Fecenia Hispala, « Utique Feceniæ Hispalæ datio, deminutio, gentis enuptio, tutoris optio, item esset, quasi ei virte stamento dedisset. » Livius. XXXIX. Cap. 19.

[3] Gaius, I, § 148—153.

femmes et son état réel, en suite des fictions de la jurisprudence : « *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in potestate tutorum esse voluerunt; hi invenierunt genera tutorum quæ potestate mulierum continerentur.* »

Au reste les jurisconsultes, en modifiant les principes des XII Tables, n'avaient fait que se conformer aux mœurs de l'époque et aux vœux de l'opinion. Comment la tutelle des agnats eût-elle subsisté dans sa rigueur, lorsque, la *manus* devenant toujours plus rare, le mari n'exerçait sur son épouse aucune autorité? C'est ici le lieu de le remarquer : le droit romain ne constitua point, en faveur du mari, un pouvoir moins sévère que la *manus*, analogue à la tutelle ou à la *cura*. Le mari athénien est κύριος, le *mundium* s'exerce dans le droit germanique sur la femme comme sur une pupille étrangère; mais à Rome, le lien conjugal est au contraire un obstacle à la fonction de tuteur ou de curateur [1].

Dans la pratique, la *tutela muliebris* était devenue insignifiante. Elle disparut graduellement. La loi Pappia Poppæa compte l'exemption de la tutelle au nombre des faveurs accordées à la fécondité. Trois enfants dispensaient une *ingenua*, quatre, une affranchie. Le *jus liberorum*, qui fut aussi attribué par concessions impériales, eut pour effet de placer les deux sexes, quant à la capacité civile, sur un pied complet d'égalité. La *lex Claudia* vint abolir la *tutela agnatorum* [2] : il ne resta plus, en fait de tutelle légitime, que celle des patrons et celle des pères sur leurs filles émancipées. — Réduite à des limites aussi étroites, l'institution ne répondait à aucune nécessité politique;

[1] L. 14. D. de cur. fur. (27,10). Fr. Vat. § 201.
[2] Gaius, I, § 157.

mais la position spéciale des parents et des patrons maintenait un droit dont ils pouvaient profiter. Les jurisconsultes du second siècle s'étonnent de cette institution, dont ils ignorent le but primitif. *Gaius*, en général si sobre de remarques sur les règles qu'il expose, critique avec une certaine vivacité le motif allégué en faveur de la *tutela muliebris*, motif qui avait, en effet, perdu toute sa valeur [1].

Il est probable que dans les derniers siècles la nomination d'un *tutor muliebris* était demandée au magistrat pour des cas spéciaux. Ceci explique pourquoi l'on peut en trouver quelques traces [2] longtemps après que l'institution a perdu toute importance, et pourquoi ces traces cessent sans qu'il y ait eu abrogation formelle de cette partie de la législation. Les tuteurs auraient pu être utiles, en qualité de conseils et de surveillants durant les premières années qui suivent la puberté : sous ce point de vue, la *cura minorum*, introduite définitivement par Marc-Aurèle, en tenait lieu, car elle atteignait également les deux sexes.

Lorsqu'en 390 [3] Théodose et Valentinien déclarent les mères capables d'exercer la tutelle vis-à-vis de leurs enfants, il est probable que l'idée de soumettre les femmes à un pouvoir analogue avait entièrement disparu.

[1] Gaius, I, § 190. « Nulla pretiosa ratio suasisse videtur. »

[2] L. 1. C. de legit. tutela (5,30) (a° 290). F. Vat., § 325 (a° 293).

[3] L. 4. C. Theod. de tutor. creand. (3,17).

CHAPITRE V.

De l'âge considéré comme une cause de tutelles.

§ 1. *Des impubères.*

La faiblesse d'âge [1], cause d'incapacité fondée sur les lois de la nature humaine, réclame chez tous les peuples [2] une protection spéciale. Mais la fixation de termes précis est réservée au droit positif de chaque État : elle se lie à la fois aux circonstances climatériques du pays, aux mœurs nationales et à l'ensemble des institutions.

Nous découvrons chez le peuple romain une notion qui, partageant la vie entière de l'homme en deux portions parfaitement distinctes [3], manifeste également son influence sur les habitudes sociales, sur le droit privé et sur le droit public : nous entendons la puberté. Dans son sens primitif elle désigne l'état de développement corporel qui rend apte au mariage : aussi s'appliquera-t-elle d'un sexe à l'autre, à des âges différents. Mais chez l'un et chez l'autre sexe cette même notion sert, dans les idées romaines, à marquer la limite d'âge en deçà de laquelle on ne présumait pas chez l'homme un degré suffisant d'intelligence pour lui

[1] Voy. sur les divisions et l'influence de l'âge chez les Romains : Pardessus, *Mémoire sur les différents rapports sous lesquels l'âge était considéré dans la législation romaine* (Mém. de l'Acad. des Insc. et B. L., t. XIII). — Savigny, *System*, t. III, § 106, 3.

[2] Gaius oppose (I, § 189) l'universalité de la *tutela impuberum* au caractère exclusivement romain de la *patria potestas* ; cp. I, § 55.

[3] Elles sont fréquemment désignées par les noms de *prima ætas* — *secunda ætas*. — L. 30 C. de episc. aud. (1,4). L. 10 C. de impub. et aliis subst. (6,26).

attribuer juridiquement la capacité d'action. — Jusqu'alors l'autorité d'un tuteur lui était indispensable. — D'autre part, et sauf la position spéciale des femmes et des fils de famille, cette limite une fois franchie, l'homme était capable de tous les actes de la vie civile et pouvait librement disposer de sa fortune, soit entre vifs, soit pour cause de mort.

Quant au droit public, nous avons déjà signalé le rapport existant, d'après les anciennes institutions, entre l'obligation d'une tutelle et l'exclusion de la vie politique. Aussi voyons-nous le pubère avoir seul le droit de paraître dans les comices[1]. La vie militaire s'ouvre pour lui[2] et il devient, en droit, éligible aux fonctions publiques, avant que la loi *Villia* (a° 574 U. C.) eût fixé, à cet égard, d'autres limites.

Recherchons-nous à quel âge ou de quelle manière la puberté était déterminée, nous rencontrons une constitution de Justinien, qui la fixe à quatorze ans pour les hommes, et à douze ans pour les femmes. En remontant au siècle de la jurisprudence classique, cette question nous apparaît au nombre de celles qui divisaient les deux écoles de jurisconsultes, l'une d'elles se déterminant d'après l'âge, l'autre d'après un examen individuel de la capacité physique.

[1] Quelques textes relatifs à l'*arrogatio*, sont très-instructifs à comparer. — L'*arrogatio* avait lieu à Rome devant le *populus* assemblé. (Gaius, I, § 98, 99. Ulpien, VIII, § 3, 4.) Les *impuberes* jusqu'à la fin du second siècle de l'ère chrétienne, ne pouvaient être *arrogati* (Ulpien, VIII, § 5), assimilés en ce point aux femmes qui étaient exclues de l'*arrogatio*, nous dit Aulu-Gelle, parce que *cum feminis nulla comitiorum communio est*.

[2] Romanæ autem militiæ fuit mos puberes primo exerceri armis. Isidor. *Origin.*, IX, 3. (Ap. D. Gothof: *Auctores linguæ latinæ.*)—Aulu-Gelle. N. A. X, 28. — Niebuhr. *Hist. romaine*, II, p. 191.

Ces renseignements ne sauraient nous suffire : car c'est pour les siècles de la république, période durant laquelle la *tutela* s'est constituée avec son caractère original, que nous désirons une réponse. Cette controverse nous montre du moins qu'un nombre rigoureux d'années n'avait point servi, durant les premiers siècles de Rome, à fixer le commencement de la puberté. Pour un peuple chez lequel l'organisation de l'état civil était aussi peu avancée[1], ce *criterium* eût été incertain et peu commode. Dans le règlement du terme auquel devait commencer la puberté avec ses conséquences diverses, l'essentiel était, pour les particuliers, de reconnaître facilement à quelle division de la vie appartenaient ceux avec qui ils avaient affaire; pour l'État, de constater périodiquement quelle classe de citoyens pouvait être astreinte au service militaire et obtenait le droit de participer aux assemblées politiques.

Un ensemble de coutumes et de cérémonies profondément enracinées dans les habitudes nationales, répondait chez les Romains à cette double exigence, au moins pour les personnes du sexe masculin.

Les hommes appartenant à chacun des deux âges de la vie étaient signalés aux yeux de tous par un costume différent. Les enfants (*pueri, virgines*[2]) étaient revêtus d'une toge garnie d'une bordure de pourpre (*prœtextata toga*), tandis qu'une toge tout unie était l'attribut des adolescents et des hommes d'un âge mûr, en un mot des ci-

[1] Dissertation sur *les Preuves de l'Etat civil chez les Romains*, par Th. Derome. (*Revue de Législ. et de Jurisprud.*, tome III de 1849).

[2] « Virgines non solum feminæ dicuntur, verum etiam pueri investes. » Nonius (ap. D. Gothof : *Auctores linguœ latinœ*).

toyens pubères, aptes à la vie politique. Lorsque le jeune homme quittait le costume de l'enfant pour revêtir la *toga virilis*, ce changement était l'occasion d'une véritable solennité religieuse. Les parents (*cognati*) qui, au moment de la naissance avaient offert une offrande à la déesse Lucine, en déposaient une pareille dans le temple de *Juventa*[1]. Dès lors la dénomination de l'adolescent est complétée, et le *prænomen* désignant l'individu venait s'ajouter au *nomen* commun à la *gens* tout entière et au *cognomen* porté par les *agnati*.—Cette cérémonie avait lieu lors des *Liberalia*, une des deux fêtes de Bacchus, qui se célébrait le 17 mars de chaque année [2].

La prise de la *toga virilis*, ainsi solennisée, marquait le passage de l'impuberté à la puberté. Le langage ordinaire consacre cette signification et emploie comme synonymes les mots de *prætextatus*[3] et d'*impubes*, de *vesticeps*[4] et de *pubes*.

[1] Denys d'Halic. Liv. IV, cap. 4, attribue cette institution à Servius Tullius.

[2] Ovide, *Fastes*, III, 771 :

Restat, ut inveniam, quare toga libera detur
Lucifero pueris, candide Bacche tuo.
Sive quod, ipse puer semper juvenisque videris,
Et media est ætas inter utrumque tibi :
Seu quia tu pater es, patres, sua pignora, natos
Commendant curæ numinibusque tuis :
Sive quod es Liber, vestisquoque libera per te
Sumitur, et vitæ liberioris iter.

Voy. aussi Cicéron *ad Attic.* Liv. VI, ép. 1.

[3] L. 3, § 6, D. de lib. exhib. (43,30).

[4] Festus : *Vesticeps* puer qui jam vestitus est pubertate : e contra *investis* qui necdum pubertate vestitus est.

Aulu-Gelle. N. A. V. 19, énonce en ces termes l'ancienne

La prise de la *toga virilis* était aussi regardée comme le point de départ de la vie politique, et sous les empereurs, elle n'avait point perdu ce caractère [1]. Il est probable que la loi ou l'usage avait fixé pour cette cérémonie importante, une époque de la vie du jeune homme. Sans prétendre arriver à cet égard à une complète certitude, il est permis de désigner la fête des *Liberalia*, qui suivait l'accomplissement de la quinzième année, comme étant l'époque habituellement adoptée; époque susceptible, il est vrai, d'être modifiée par des circonstances individuelles, peut-être par l'épreuve des forces physiques. Tout au moins cette hypothèse [2] se trouve concorder également avec beaucoup d'exemples qui nous sont parvenus, et avec une division traditionnelle de la vie humaine qui paraît avoir joué un certain rôle dans l'ancienne Rome. La théologie romaine enseignait [3] que le terme de dix fois douze années solaires fixé par la nature à la durée de la vie humaine, avait été restreint par le destin à quatre-vingt-dix années, et était sans cesse abrégé par la déesse *Fortuna*.

Cette période de quatre-vingt-dix années, regardée comme normale, se partageait en deux portions égales,

règle d'après laquelle les impubères ne pouvaient être *arrogati* : Sed arrogari non potest nisi jam vesticeps.

[1] Virilis toga Neroni maturata, quo capessendæ reipublicæ habilis videretur. Tacite *Ann.* lib. XII, cap. 41.

[2] Elle est admise par Niebuhr, *Hist. romaine*, II, p. 191. et par Rudorff, op. cit. III, § 202.

[3] Servius *ad Æneid.* IV, 653. — Tribus enim humana vita continetur : Natura cui ultra centum et viginti annos concessum non est : Fato cui nonaginta anni h. e. tres saturni cursus exitium creant, nisi forte aliarum stellarum benignitas etiam tertium ejus superet cursum. Fortuna i. e. casu, qui ad omnia pertinet quæ extrinsecus sunt : ut ad ruinam, incendia, venena.

coïncidant avec les *juniores* et les *seniores* de la constitution de Servius Tullius. La période des *juniores* nous offre, à son tour, trois sections de quinze années, dont la première était entièrement comprise dans l'enfance. La seizième année pouvant être à peu près écoulée, lors de l'entrée dans la puberté, et plusieurs mois étant consacrés à l'instruction militaire des jeunes Romains, on conçoit que les auteurs fassent dater le service militaire tantôt de la seizième, tantôt de la dix-septième année [1].

Lorsque avec le changement de l'ancienne constitution romaine, l'importance attribuée, au point de vue politique et militaire, à la prise de la *toga virilis*, diminua ; lorsque, le costume lui-même se modifiant ne fut plus une distinction suffisante, l'on fixa des âges divers pour diverses institutions politiques et civiles. C'est alors que l'on vit naître parfois, au sujet de la fin de la tutelle, des conflits entre le tuteur et le pupille, et que s'éleva la question agitée par les jurisconsultes. On sait que les Proculéiens fixaient la puberté à quatorze ans, tandis que les Cassiens la faisaient dépendre de l'*habitus corporis*, et que Javolenus Priscus exigeait la réunion des deux éléments, ce qui, d'ailleurs, était peut-être sous-entendu dans l'opinion des Cassiens [2].

On ignore, si le terme de quatorze ans se rattachait aux théories de la philosophie grecque sur la division de la vie en dix fois sept années, ou s'il n'avait pas été plus simplement indiqué par l'expérience, comme l'époque effective de la puberté physique, d'autres considérations ayant cessé de prévaloir.

[1] Isid. Origines, IX, 3. — A. Gelle. N. A., X, 28. — T. Live, XXII, cap. 57. — Voy. Niebuhr, II, p. 19059. — Pardessus, mém. cité.

[2] Ulpien, XI, § 29.

Quant aux femmes dont le costume ne changeait point avec l'âge, il paraît que de bonne heure le terme de douze ans détermina l'époque de leur puberté. On sait que ce terme, et celui de quatorze ans pour les jeunes gens, furent législativement sanctionnés par Justinien [1].

C'est entre la naissance et la puberté que s'étend, sur les personnes *sui juris*, la *tutela pupillaris*. Les accidents de maladie et les différences d'âge n'ont, durant cette période, aucune influence sur le *jus tutelæ*; la *cura furiosi* est absorbée par la *tutela impuberum*.

Une époque intermédiaire apparaît néanmoins dans le droit romain, c'est l'*infantia* qui fut fixée à sept ans. Sans modifier le droit même de la tutelle, elle influe sur le mode dont s'exerce l'autorité du tuteur, et sert aussi à diminuer la rigueur des principes relatifs à l'incapacité du pupille.

Quand l'*auctoritas* était exigée par le *jus civile*, le pupille devait prendre part à l'acte, en prononçant certaines paroles solennelles. On comprend dès lors l'importance mise à la désignation de *impuber qui fari potest*. *Fari*, dans ce sens, indiquait, non point le premier balbutiement de quelques mots, mais l'intelligence des paroles prononcées, ce qui ne veut pas encore dire, il est vrai, la connaissance éclairée de l'acte lui-même et de ses conséquences juridiques (*actum intelligere*).

Pour un *infans*, l'*auctoritas* est impossible et le rôle du tuteur se réduit à celui d'un curateur. Les actes accomplis par l'*infans* étaient radicalement nuls; durant la seconde période, on maintient cette règle toutes les fois que les pupilles ont diminué leurs droits. Mais on valide sans

[1] L. 3 C. quando tutores (5,60).

scrupule leurs actes, lorsqu'ils ont eu pour résultat de rendre leur condition meilleure [1] : à cet égard, ils sont capables, à moins que la forme même des actes, nécessitant l'*auctoritas*, ne les leur rendit inaccessibles.

§ 2. Des *minores XXV annis* [2].

Au moment de la puberté, le jeune Romain était affranchi de toute autorité (nous le supposons *sui juris*), et sa capacité d'action ne rencontrait point de limites. Cet état de choses subsista durant bien des siècles. Néanmoins l'extension de la république et l'augmentation des richesses, ayant eu à la fois pour conséquences, une démoralisation plus grande et plus de complication dans les affaires civiles, cette capacité prématurée dut présenter des inconvénients. On s'aperçut que la *toga virilis* ne revêtait point l'adolescent d'expérience et de maturité d'esprit. Sa volonté, apte à l'engager vis-à-vis des tiers, n'était pas encore assez éclairée pour le préserver de séductions ou de tromperies.— Obvier à ces inconvénients, en prolongeant de quelques années, l'incapacité juridique et l'obligation de la tutelle, eût été un remède pire que le mal. En faveur de quelques-uns, on eût compromis la liberté d'une classe entière de citoyens, et bouleversé toutes les relations civiles et politiques, simultanément rattachées à ce même terme. Les Romains, habitués à ne modifier leur législation que progressivement et dans la mesure des besoins réels, ne touchèrent pas à la constitution même de la tutelle.

[1] Pr. Inst. de auctor. (1,21).

[2] Voy. Savigny, *Vom Schutze der Minderiährigen und insbeso n dere von der* Lex Plætoria. Mém. de l'Académie de Berlin, 1833, réimprimé avec additions, dans la *Zeits. für gesch. R. W.*, t. X.

Les mesures qu'ils prirent eurent exclusivement pour but d'éloigner les piéges dans lesquels tombait trop souvent le jeune homme, durant les premières années de la puberté.

La *Lex Plætoria* avait, dès le milieu du sixième siècle[1], créé une nouvelle période de la vie, s'étendant de la puberté à la vingt-cinquième année[2], afin de soumettre à une protection spéciale les personnes de cet âge. Le but essentiel de la loi était de les garantir de contrats dans lesquels un tiers, abusant de leur inexpérience, s'enrichissait avec dol à leur préjudice (*circumscriptio adolescentium*). Un tel acte fut érigé en délit, donnant lieu à une action publique[3]; car la garantie ne pouvait être efficace que si les enfants n'étaient pas tenus d'actionner eux-mêmes. La peine prononcée contre ce délit était une peine pécuniaire, entraînant l'infamie, et par conséquent la privation des droits politiques[4]. Il fallait aussi préserver directement le mineur des suites d'un pareil contrat. Une *exceptio* (*exc. legis Plætoriæ*) paraît avoir été accordée dans ce but, soit qu'elle fût établie expressément dans la loi, soit qu'on la déduisît de la formule générale des exceptions : *quod contra legem senatusve consultum factum sit*[5]. D'ailleurs elle

[1] Elle est mentionnée dans plusieurs comédies de Plaute, lequel est mort a° 584, U. C.

[2] Nous voyons en effet cette période désignée sous le nom *d'anni legis Plætoriæ*. L. 2. C. Théod. de Donat (8,12), et la loi elle-même, sous celui de *lex quinavicenaria* (Plaute. *Pseudolus*) : « Lex me perdit quinavicenaria : metuunt credere omnes. »

[3] Cic. *de Nat. Deor.* lib. 3, cap. 30.

[4] Tab. Heracl., lin. 111 et 112.

[5] Gaius, IV, § 121.

disparut [1], lors de l'introduction de l'*exceptio doli*, dans laquelle elle était renfermée.

Nous savons encore que des curateurs pouvaient être donnés en vertu de la *Lex Plætoria*, pour des causes déterminées. Rapprochée des autres chefs de la loi, cette indication assez vague se laisse interpréter en ce sens, que dans des actes importants, un *curateur* pouvait être appelé à aider le mineur de ses conseils, ce qui avait pour effet, de mettre le tiers contractant à l'abri du *judicium publicum*.

Tel paraît être le vrai sens de la *Lex Plætoria*, qui posa pour la protection des *minores XXV annis*, des principes que d'autres institutions ne tardèrent point à développer. Bientôt, en effet, le Préteur, en promettant la *restitutio in integrum* [2], à l'égard de tous actes ou de toute omission, de nature à léser le mineur, lui assurait un secours très-efficace. La preuve du dol n'était plus exigée comme elle l'était par la *Lex Plætoria*. Tout préjudice commis à l'égard des mineurs devait être réparé.

La *cura minorum* fut également complétée. Marc Aurèle, autant du moins qu'un passage [3] assez obscur de son biographe peut nous instruire, institua des curateurs permanents, *non redditis causis*, tandis que ceux établis jusqu'alors en faveur des *prodigi*, des *furiosi* ou en vertu de

[1] On peut en trouver encore une trace dans la L. 7, § 1 D. de exception. (44,1).

[2] L. 1 D. de minor. (4,4).

[3] De curatoribus vero, quum ante nonnisi ex lege Plætoria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis. Capitol. *in Marco*, cap. 10. Voy. les diverses interprétations de ce passage dans Rudorff, I, § 14.

la loi *Plætoria*, ne l'étaient qu'ensuite d'une cause déterminée, et cessaient leurs fonctions lorsque cette cause avait disparu. — La minorité fut dès lors par elle-même un motif suffisant à la nomination d'un curateur, lequel, une fois nommé, continuait ses fonctions jusqu'à l'âge de majorité.

La *cura minorum*, telle qu'elle fut constituée par le décret de Marc Aurèle, n'est point la simple prolongation, durant un certain nombre d'années, de la *tutela impuberum*. Le caractère de celle-ci est d'être obligatoirement imposée au mineur, afin de couvrir son incapacité d'action. Les curateurs ne sont nommés (sauf quelques exceptions), qu'avec le consentement du mineur lui-même[1].

D'autre part, il est vrai, plusieurs textes nous font considérer cette institution comme nécessaire et permanente : ils désignent comme la situation normale et régulière[2], la *curatio* exercée sur les mineurs, et semblent dénier à ceux-ci la capacité d'administrer leurs biens[3].

Cette apparente contradiction s'expliquera, si nous découvrons que la soumission à un curateur, à peu près volontaire en principe, avait lieu, en fait, par suite de diverses circonstances, dans le plus grand nombre des cas.

Le mineur lui-même trouvait certains avantages dans la nomination d'un curateur; car celui-ci, forcé d'accepter ces fonctions souvent pénibles, était chargé de toute l'administration, assurait au mineur plus de crédit et le dispen-

[1] § 1. Inst. de curat. (1,23). Item *inviti* adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem.

[2] P. ex. dans ces mots d'Ulpien : Et ideo hodie in hanc usque ætatem (XXV annorum) adolescentes *curatorum auxilio reguntur*, etc. L. 1, § 3, de minorib. (4,4). Cp. Ulpien, tit. 12, § 4.

[3] L. 1, § 3. L. 2, § 3, pr. D. de minor. (4,4).

sait de se faire donner des curateurs spéciaux, nécessaires dans certains cas importants.

Cette constitution d'un curateur pouvait être imposée au mineur dans certains cas : ainsi lors d'un procès dirigé contre lui; lors d'un paiement que veut effectuer son débiteur.

Enfin le tuteur, intéressé à plus d'un titre à l'établissement d'un curateur, est tenu, lorsque ses fonctions sont expirées, d'inviter le pupille à provoquer cette nomination.

On conçoit que, sous l'empire de ces diverses mesures, la *curatio* fût devenue la situation normale et habituelle. Mais le principe lui-même n'a point été anéanti, et bien des mineurs se trouvent sans curateurs ; par exemple, si leur fortune est insignifiante, ou si au moment où ils sont devenus *sui juris*, ils ont déjà dépassé de plusieurs années l'âge de puberté.

Même lorsqu'il est placé sous l'autorité d'un curateur, le *minor XXV annis* n'est point juridiquement assimilé à l'impubère, sous le rapport de la capacité d'action : il peut valablement contracter des dettes et stipuler[1]. Mais, en même temps, toute disposition lui est interdite, quant aux biens confiés à l'administration du curateur (c'est-à-dire aux biens que celui-ci a reçus des mains du prêteur à son entrée en fonctions[2].)

En un mot, les restrictions apportées aux actes du mineur, dérivent de la présence du curateur, et ne s'étendent pas au delà du cercle d'administration de ce dernier, tandis

[1] L. 101 de V. Oblig. Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulata obligari.

[2] L. 3 C. de in int. rest. min, (2,21). L'analogie (*non absimilis*) indiquée entre le *minor* et l'interdit ne se rapporte qu'à un contrat de vente.

que l'obligation d'une *tutela* est la conséquence immédiate et nécessaire de l'incapacité des impubères.

Terminée régulièrement avec la vingt-cinquième année, la *cura minorum* pouvait s'achever plus tôt, en vertu d'une *venia œtatis*, dispense exceptionnelle émanée de la puissance législative. C'était un droit réservé aux empereurs, et dont ils ne firent d'abord qu'un usage assez rare. Constantin, dans une constitution de l'an 321 [1], exigea comme condition de cette dispense, un certain âge (*firmata œtas*), fixé à dix-huit ans pour les femmes, à vingt ans pour les hommes, et la preuve établie devant les tribunaux, d'une conduite régulière.

Les effets de la *venia œtatis* sont de supprimer la *cura* et le bénéfice de l'*in integrum restitutio*. — La nécessité d'un *decretum* pour l'aliénation des immeubles, distinguait seule encore du majeur, le mineur ayant obtenu le bénéfice d'âge.

CHAPITRE VI.

Désignation des tuteurs et curateurs.

Nous savons quelles personnes doivent être placées sous l'autorité d'un tuteur. Ce tuteur lui-même quel sera-t-il? Comment parviendra-t-on à le désigner?

Quand la nécessité d'une tutelle se produit, la *patria potestas* a cessé d'exister : l'impubère se trouve en présence des autres membres de sa famille et soumis en outre comme citoyen, à l'autorité générale de l'État. Cette triple position, fait découvrir de quelles manières la personne du tuteur pourra être déterminée.

[1] L. 2. C. de his qui veniam (2,45).

En premier lieu, le droit romain accorde au *paterfamilias* la faculté de désigner un tuteur à ses enfants. (*Tutela testamentaria.*)

En second lieu, lorsque le chef de la famille n'a pas fait connaître sa volonté, l'on voit apparaître les droits et les obligations des autres membres de la famille qui, en vertu de leur lien de parenté avec le pupille, sont désignés par la loi, et dans un ordre précis, pour exercer sur lui les fonctions de tuteur. (*Tutela legitima.*)

Enfin, certaines magistratures publiques peuvent être chargées, en l'absence de tuteurs testamentaires ou légitimes, de conférer directement la tutelle. (*Tutela dativa.*)

La loi, en établissant d'avance quelques catégories de personnes exclues de la charge de tuteur, restreint les limites dans lesquelles se meuvent ces trois modes de délation.

Au contraire, les fonctions de tutelle légalement conférées à un citoyen, créent contre lui une obligation à laquelle il ne peut échapper qu'en vertu de motifs exceptionnels donnant lieu en sa faveur à une *excusatio*.

§ 1. *Tutelle testamentaire.*

Les récits des premiers âges de Rome mentionnent de semblables tutelles [1] : et la loi des XII Tables [2], en consacrant le droit du *paterfamilias*, n'a sans doute fait que transporter au *testamentum per œs et libram* une faculté, antérieurement reconnue pour les deux antiques formes du testament.

Il appartenait donc au citoyen romain de disposer arbi-

[1] Livius, Lib. I, cap. 34.

[2] Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur ea-

trairement de sa fortune et de la tutelle de ses enfants, substituant sa volonté propre aux prescriptions générales de la loi. Ne nous hâtons point cependant, d'établir une identité complète entre ces deux genres de dispositions pour cause de mort. La première portant sur les droits de fortune, en renferme la transmission absolue. Mais la *patria potestas,* inhérente au *paterfamilias*, ne peut être transférée : elle donne simplement le droit de conférer sur les mêmes personnes une autorité essentiellement différente.

Le tuteur ne peut être nommé qu'aux impubères ou aux femmes soumises à la *patria potestas* ou à la *manus* du testateur. Il y a plus : une tutelle n'étant nécessaire que pour des *personæ sui juris,* il faut qu'entre le testateur et celui auquel le tuteur est destiné, il n'y ait aucun intermédiaire, de telle sorte que la mort du premier suffise pour rendre le second *sui juris.* C'est dans de pareilles conditions que se trouvent par exemple le fils, la fille, l'épouse *in manu,* les enfants d'un fils, lorsque celui-ci, mort ou émancipé, n'appartient plus à la famille, la belle-fille *in manu filii,* dans les mêmes circonstances.

Au reste, il n'est pas nécessaire que ces personnes soient instituées [1], car la désignation de tuteur est, de même que la substitution pupillaire, un droit découlant directement du pouvoir paternel.

L'énergie du pouvoir se manifeste dans l'étendue laissée aux dispositions du testateur. Il peut conférer la tutelle à tous les citoyens romains avec lesquels il a la

dem lege XII Tabularum his verbis : *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* Ulp. XI, § 14, cf. L. 1, pr. D. de test. tut. (26,2).

[1] L. 4, de testam. tutela. (26,2).

testamenti factio [1], et prescrire des règles pour l'administration. S'il lui est interdit de partager le droit de tutelle (*tutor, personæ non causæ vel rei, datur*[2]), ceci provient de la nature même de la tutelle, qui, dans son caractère primitif, était destinée à compléter par l'*auctoritas* la capacité personnelle du tuteur et à conserver ainsi l'ensemble de la fortune.

La tutelle testamentaire peut être liée à un terme qui en marque ou le commencement (*ex die*) ou la fin (*in diem*): elle peut dépendre d'une condition suspensive ou résolutoire. La condition suspensive permet, entre autres, de désigner pour tuteur une personne actuellement incapable de remplir de pareilles fonctions (un esclave, un impubère, un fou, par exemple) sous la condition de capacité ultérieure. Favorisant l'accomplissement des volontés paternelles, on a même sous-entendu la condition de cette capacité [3].

[1] L. 21, D. de test. tutel. (26,2.)

[2] § 4. Inst. qui test. tut. etc. (1,14) cf. L. 14 D. de test. tut. — Cette règle, comparée à une autre sur le *curator* (curator..... ad certam causam dari potest), a donné lieu à maintes interprétations. On en avait déduit que l'éducation de la personne du pupille formait la distinction entre la tutelle et la *cura*, ce qui est inadmissible. Une plus saine intelligence de la nature de la *tutela* et de la portée juridique de l'*auctoritas*, met sur la voie d'une meilleure explication. Mais ces règles expriment moins la distinction entre les deux institutions de tutelle, que l'énoncé du caractère primitif de la *tutela* par opposition à certaines tutelles datives, qui à une époque postérieure étaient données *certæ rei*. Voy. Savigny, *vom Beruf, etc.*, p. 104. Rudorff, *op. cit.*, I, § 37. Wangerow, *Leitfaden*, I, § 263.

[3] § 2. Inst. qui test. tut. dari, etc. (1,14). Furiosus vel minor XXV annis tutor testamento datus, tunc tutor erit cum compos mentis aut major XXV annis factus fuerit. Cp. L. 11 de tutelis (26,1).

La tutelle devait être conférée dans un testament ou dans un codicille confirmé par testament. Exiger un testament, c'est, d'après les principes romains, prescrire que la tutelle ne saurait être conférée par celui qui ne dispose point de sa fortune.

La *datio tutelæ* compta avec les legs, les affranchissements, au nombre des parties accessoires du testament. Aussi, le rigorisme avait-il fait contester la validité de ces dispositions dès qu'elles étaient écrites avant l'institution d'héritier, ce *caput et fundamentum totius testamenti* [1]. Les legs et les affranchissements furent regardés comme nuls[2]. Quant aux tutelles, l'école de Proculus les tint pour valables, tandis que les Sabiniens penchaient pour la nullité, opinion qui semble être aussi celle de Paul [3]. A l'époque de Justinien, l'*ordo scripturæ* n'était plus exigé[4]. — D'autres règles de l'ancien droit s'appliquent à la fois aux legs et aux délations de tutelles. Celles-ci, par exemple, doivent avoir lieu dans un langage direct et impératif[5], (*Liberis meis Titius tutor esto. — Liberis meis titium tutorem do)*, à l'exclusion des formes du fidéi-commis. Le SC. *Libonianum* qui annulait les dispositions écrites par ceux en faveur desquels elles étaient prises, et frappait ceux-ci de la peine des faussaires, avait été appliqué au tuteur testamentaire [5].

[1] Gaius, I, § 229.

[2] Gaius, *ibidem*. — Ulp. Frag., I, § 20.

[3] Gaius, II, § 231. — F. Vat., § 229.

[4] § 3. Inst. qui dari, etc. (1,14).

[5] Gaius, II, § 289. F. Vat., § 229.

[6] L. 29 D. de test. tut. (26,2). L. 18, § 1 de lege Corn. de falses (48,10).

Lorsqu'une *datio tutelæ* réunit ces diverses conditions, elle est entièrement valable *(perfecta)*. Elle agit de plein droit sans l'intervention du magistrat, paralyse la tutelle légitime, et confie à la personne ainsi désignée les fonctions de tuteur.

La conséquence en était, dans les premiers siècles de Rome, que ces conditions une fois violées, la dation était frappée de nullité.

Mais, lorsque les règles du droit strict commencèrent à fléchir, on chercha à donner une valeur indirecte à certaines désignations de tuteur, qui, malgré leurs irrégularités, paraissaient conformes à la volonté réelle du père ou propres à procurer le bien du pupille. Dans ce but, les constitutions impériales attribuèrent aux magistrats le droit de suppléer, dans certains cas, à l'invalidité civile de la *datio tutelæ* en confirmant par un décret, la personne désignée.

La tendance générale de ce mode mixte de délation, était d'éloigner la tutelle des *agnati*, de sanctionner la volonté des parents en dépit des rigueurs du droit civil, d'encourager enfin des institutions d'héritiers faites à l'égard du pupille et liées à la nomination d'un tuteur.

Parcourons rapidement les diverses irrégularités susceptibles d'être couvertes par l'autorité du magistrat. Nous verrons si elles sont toutes accueillies avec une égale faveur ou si, pour quelques-unes d'entre elles, la confirmation ne dépend point de conditions spéciales.

Les règles sévères imposées à la forme de la *datio tutelæ* par son union avec le testament romain, ouvrent un premier champ à la faculté de confirmation. — Celle-ci peut avoir lieu lorsque le tuteur, malgré le SC. *Libonianum*,

écrit lui-même sa nomination [1], lorsqu'il a été désigné dans un *testamentum injustum* ou *imperfectum*, par exemple, dans un testament prétorien ou dans un codicille [2], enfin lorsque la *datio* n'a pas lieu en termes impératifs [3].

La faculté de nommer un *tutor*, était seule comprise dans le droit des XII Tables. Le préteur confirme néanmoins la nomination d'un *curator* [4] à un pubère, même lorsqu'il serait désigné par erreur comme devant être un *tutor* [5].

Jusqu'ici la *patria potestas* était la base de la *datio*. Qu'advient-il si le père nomme un tuteur à des enfants qui ne sont pas en sa puissance, soit qu'il les en ait fait sortir par émancipation [6], soit que, nés hors mariage *(naturales liberi)*, cette puissance n'ait jamis été exercée sur eux ? La nomination peut être confirmée.

Néanmoins ces deux cas ne sont point soumis aux mêmes règles. Dans le premier, le tuteur est confirmé par le préteur dès que celui-ci est convaincu que la désignation exprime réellement la volonté du père, et que cette volonté n'a point été modifiée par des circonstances survenues depuis la rédaction du testament [7]. Il en est de même pour les autres nominations que nous avons vues jusqu'ici émaner du père.

Quant au *filius naturalis*, il ne soutient avec son père

[1] L. 18, § 1, de lege Corn. de falsis (48,10).
[2] L. I, § 1. L. 3 de conf. tut. (26,3).
[3] L. I, § 1, *ibid.*
[4] L. 16, p. 1 (*curator furiosi*), § 1 (*curator prodigi*) D. de curat. fur. (27,10).
[5] L. 6, de confirm. tut. (26,3).
[6] § 5. Inst. de tutelis (1,14).
[7] L. 8 D. de conf. tut. (26,3).

aucun rapport légal. Il n'est pas plus pour lui un *cognatus* qu'un *agnatus*. La nomination d'un tuteur ne pourra être confirmée que sous une double condition. De la part du père, s'il a dans son testament laissé quelque somme à son fils naturel. De la part du magistrat, si après enquête sur la capacité du tuteur, celui-ci lui paraît, indépendamment de la volonté paternelle, être propre à remplir les fonctions auxquelles il est appelé [1].

Supposons-nous la tutelle conférée par une autre personne que le père, la confirmation ne sera possible que sous des conditions analogues.

Cette nomination provient-elle de la mère ou de l'aïeule, l'on exige l'*inquisitio* du préteur et l'institution de l'enfant, comme héritier. Le tuteur, disent les jurisconsultes, est moins assigné à la personne qu'à la fortune [2].

Enfin, même en dehors de tout lien de filiation, si une tutelle est conférée par testament à un affranchi, ou à un agnat, ou à une personne entièrement étrangère, le tuteur pourra encore être confirmé. Il le sera, si celui auquel il est destiné est institué héritier, et que cet héritage compose toute sa fortune [3].

§ 2. *Tutelle légitime.*

La tutelle légitime n'aura lieu que si le testament du *paterfamilias* ne renferme aucune nomination de tuteur, ou si ce dernier est mort avant le testateur. Peu importe que la *datio* soit conçue *in diem* ou liée à une condition suspensive: la tutelle légitime est exclue aussi longtemps

[1] L. 7 D. de conf. tut. (26,3). Cp. Nov. 89, c. 14.
[2] L. 4 D. de test. tut. (26,2). L. 2 D. de conf. t. (26,3).
[3] L. 4 D. de conf. tutore (26,3).

que la tutelle testamentaire est possible[1]. Peu importe également que le tuteur désigné par le testament ait été éloigné de ses fonctions par *excusatio* ou par un jugement rendu contre lui[2]. Le *paterfamilias* est mort *intestatus quoad tutelam* : cela suffit pour détruire le droit des *tutores legitimi*.

La tutelle légitime est attribuée à la famille. La protection des incapables constitue à la fois pour la famille dont ils font partie, un devoir et un droit. Le premier, découlant de la destination naturelle et morale de la famille, est reconnu par les lois civiles, qui en règlent l'exercice, le provoquent au besoin, et l'érigent en institution régulière.

D'autre part, la fortune constitue entre les membres de la famille un lien plus strictement juridique, qui se manifeste essentiellement dans l'ordre des successions. Si la tutelle est mise en rapport avec les successions, elle pourra prendre le caractère d'un droit. Avoir, en qualité de tuteur, une autorité sur les affaires et sur les biens du parent dont on est appelé à recueillir l'héritage, c'est exercer, en quelque sorte un droit éventuel : outre le service qui peut être rendu, il y a un intérêt propre à sauvegarder.

Appliquons au droit romain ces considérations générales. Les deux éléments de la tutelle de famille peuvent s'y reconnaître, mais dans une position bien inégale. Le dévouement et l'affection envers un être faible et incapable ont leur siége principal dans la parenté naturelle. Or, ce n'est point elle qui domine chez les Romains. Néanmoins, elle n'a pas entièrement disparu et l'on peut en constater

[1] Sciendum est, quamdiu testamentaria tutela *speratur*, legitimam cessare. L.11 D.de testam. tut. (26,2).

[2] L. 11, § 1, 2 D. eod. tit°.

l'influence. C'est aux *cognati* que l'éducation et l'entretien de l'impubère sont essentiellement confiés. Ils sont, en outre, légalement appelés à provoquer la nomination des tuteurs et à demander l'éloignement de ceux qui paraîtraient compromettre les intérêts du pupille.

L'élément juridique formé par une liaison entre la tutelle et le droit éventuel de succession, est, au contraire, très-développé. Là se trouve le principe de la désignation du tuteur légitime. L'une et l'autre *tutela*, les deux antiques *curationes* sont attribuées au plus proche héritier. Ou bien les XII tables[1] énoncent explicitement cette règle, ou bien les jurisconsultes l'établissent par analogie[2]. Cette liaison étroite entre la succession et la tutelle ne présente pas dans les divers genres de tutelle le même caractère et le même but. Nous avons vu, qu'appliquée à la *tutela muliebris* elle la modifiait profondément, en en faisant un droit strict des héritiers.

Il n'en est pas de même de la *tutela impuberum*. Elle est instituée en faveur du pupille et non du tuteur. Celui-ci, soumis à un *tutelæ judicium*, ne peut refuser arbitrairement son *auctoritas*, et n'a pas le droit de sacrifier à son intérêt, en tant qu'héritier, celui de son pupille.

Mais ces intérêts ne sont-ils pas souvent identiques? Les biens que le pupille ne peut administrer lui-même ne seront-ils pas administrés avec plus d'ordre, conservés

[1] Voy. les essais de restitution des XII Tables, par Jacq. Godefroy (*Quatuor fontes, etc.*), et par Dirksen et Zell (*Hist. du droit romain* de Ch. Giraud). Dans l'un et dans l'autre tous les fragments relatifs aux successions et aux tutelles ont été réunis dans la même Table (V^e^).

[2] Ulpien, XI, 3.—Tit. Inst. de legitima patronorum tutela, I, 17.—Cf. L. 73 D. de R. J. (50,17).

avec plus de soin par celui-là même qui a sur eux un droit éventuel. C'est un des motifs énoncés par le Droit romain en faveur du principe de la *tutela legitima* [1]. En voici un second : la tutelle étant une charge laborieuse et pénible, on trouve équitable de l'imposer à celui qui peut tirer certains avantages de sa parenté avec l'impubère. *Ubi successionis est emolumentum*, *ibi et tutelæ onus esse debet* [2]. — Chacun de ces motifs reflète spécialement une phase de la tutelle. Le premier l'envisage encore au point de vue du droit : pour le second, c'est une obligation imposée par l'Etat, et rendue corrélative d'un droit ; mais en elle-même, elle se rattache plutôt au côté moral de la mission de la famille, à l'égard de la tutelle.

Ainsi, pour connaître les *tutores legitimi*, nous devons examiner quelles étaient à chaque époque les personnes appelées par les lois aux successions *ab intestat*.

D'après le *jus civile*, tel qu'il est constitué par les XII Tables, le droit de succession est attribué successivement aux *sui*, aux *agnati*, aux *gentiles*. Pour celui dont on cherche à déterminer la tutelle, les *sui* n'existent ordinairement point.

Les *agnati* sont appelés à la tutelle suivant le degré de parenté avec le pupille, et lorsque plusieurs sont au même degré, ils exercent la tutelle concurremment. L'*agnatio*, parenté stricte, se perd par la *minima cap. dem.* : on peut même remarquer que c'est à l'occasion de la *legitima agnatorum tutela* que Gaïus, imité en ce point par les au-

[1] Hoc summa providentia ut, qui sperarent hanc successionem , iidem tuerentur bona ne dilapidarentur. L. 1 de leg. tut. (26,4).

[2] Inst. de leg. patr. tut. (1,17).

teurs des Institutions impériales, expose la théorie de la triple *capitis deminutio*.

L'ordre de la succession et celui de la tutelle sont les mêmes ; mais le premier comprenant tous les *agnati*, et le second ne pouvant atteindre les femmes, il en résulte qu'en fait, la tutelle et le droit de succession ne reposent pas toujours sur la même tête.

La *tutela agnatorum* pouvait faire l'objet d'une *in jure cessio*, mais cette faculté fut restreinte à la tutelle des femmes, dans laquelle dominait exclusivement le caractère de droit privé : on n'admettait pas que les fonctions comprises dans la *tutela impuberum*, pussent être arbitrairement transférées à un étranger [1].

Nous n'avons de témoignage formel du droit de la *gens*, que pour la *cura furiosi* [2]. Mais l'existence du droit de succession nous permet d'étendre par analogie, aux autres genres de tutelle, le droit de cette obscure parenté. Dans quel ordre, de quelle manière ce droit était-il exercé? ceci dépend de l'opinion que l'on se forme sur la nature de la *gens* elle-même. Avait-elle une organisation politique, on peut supposer que le *princeps gentis* désignait celui des *gentiles* qui devait remplir la charge de tuteur. C'eût été là comme une tutelle dative au petit pied.

Tel est l'ordre de successions et de tutelles pour les *ingenui*. L'affranchi n'a point d'*agnati* : la famille sera remplacée à son égard, par le patron dont la volonté l'a fait naître à la vie civile, et par la descendance masculine du patron. Ce sont les héritiers de l'affranchi : ce seront ses tuteurs. Le second droit a été déduit des XII Tables, en raison du premier (*per consequentiam*).

[1] Gaius, I, § 168.
[2] Cicéron *de Inv.*, II, 50.

La tutelle de l'affranchi sert à son tour de type à une autre tutelle portant sur des *ingenui*. De même que l'esclave est affranchi de la *potestas* de son maître, l'homme libre qui est *in mancipio* peut être affranchi du *mancipium*. Ce troisième pouvoir, qui se rencontrait rarement comme état permanent et sérieux, était fréquemment constitué comme une position transitoire destinée à briser les liens de la *patria potestas* ou de la *manus*. Le *manumissor* pouvait être le *père* de l'émancipé, ou bien un *extraneus* qui n'avait obtenu le *mancipium* que sous la condition d'une émancipation immédiate, *cum pacto fiduciæ ut manumittatur*. On accorde au père une *legitima tutela* précisément modelée sur celle du patron. La tutelle conférée à l'*extraneus* porte le nom de *fiduciaria tutela* : ses prérogatives sont beaucoup moindres que celles de la *legitima tutela*. Nous avons vu de quelle importance elle était pour les femmes, en leur fournissant un moyen d'échanger la *tutela legitima* contre l'autorité nominale et illusoire de l'*extraneus manumissor*.

La *tutela legitima* perdit de son importance. D'un côté les *gentes* disparurent, de l'autre la *lex Claudia* abolit la tutelle des *agnati* sur les femmes. Il ne s'agissait probablement, dans l'intention du législateur, que de la *tutela muliebris* ; mais, à une époque où la tutelle n'était plus qu'une charge, les *agnati* cherchèrent à profiter des termes généraux de la loi pour décliner toute tutelle exercée sur les personnes du sexe féminin, impubères aussi bien que pubères. Cette interprétation à laquelle Gaius se montre favorable[1], est formellement condamnée par une constitution de Constantin[2]. Enfin, l'extension donnée à

[1] Gaius, I, § 157.

[2] L. 2 C. Theod. de tutor. et curat. creand. (3,17).

la tutelle testamentaire par la confirmation du magistrat, dut avoir pour résultat d'éloigner fréquemment la tutelle légitime.

Les *agnati* étaient seuls en possession de cette tutelle. Assez tard seulement, un petit nombre d'exceptions furent faites en faveur de ceux des *cognati* dont l'exclusion semblait le plus contraire à l'ordre naturel de la famille. Ces exceptions, qui ne s'étendirent point, d'ailleurs, au delà des trois premiers degrés, eurent lieu parallèlement à des modifications analogues introduites dans le droit des successions par les sénatus-consultes ou les constitutions impériales.

Ainsi le fils devenu, grâces au *SC. Orphitianum*, héritier présomptif de sa mère, doit, durant la folie de celle-ci, exercer sur elle les fonctions de *curator* [1].

Le frère émancipé, auquel une constitution d'Anastase avait ouvert les droits de succession, en dépit de la *minima cap. dem.*, fut appelé, par une constitution du même prince (a° 498) [2], à la tutelle légitime de leurs sœurs et de leurs neveux.

Enfin, les *fratres uterini* et les fils des sœurs furent, par une seule et même constitution de Justinien, à la fois admis au droit des successions, et astreints aux fonctions de tuteurs [3].

Mais ce n'étaient là que des tempéraments partiels apportés à la rigueur du *jus civile*. Il appartenait à Justinien d'introduire définitivement dans le droit civil, la transformation opérée dans les esprits et dans les mœurs à l'é-

[1] L. 4 D. de curat. fur. (27,10).

[2] L. 4 C. de leg. tutor. (5,30). L. 5 C. de curat. furiosi vel prod. (5,70).

[3] L. 15, § 2—4, C. de legit. hered. (6,58).

gard des relations de la famille. La Novelle 118 qui base exclusivement la succession sur le principe de la parenté naturelle, attribue aux *cognati*, et dans l'ordre même de la succession, la tutelle légitime. La *tutelle du patron* sur l'affranchi subsiste encore, mais la forme nouvelle de l'émancipation a fait disparaître l'*extraneus manumissor* et le père qui a émancipé son enfant peut être son tuteur, en tant que *cognatus*, sans qu'il lui soit nécessaire d'invoquer les droits d'un quasi-patronat.

Il est enfin dans la famille une personne dont le rôle en matière de tutelle mérite d'être examiné à part : c'est la mère du pupille.

La tutelle, considérée comme un *virile officium*, ne pouvait, dans l'ancien droit, être attribuée aux femmes : comment d'ailleurs eussent-elles exercé une autorité sous laquelle elles devaient elles-mêmes être placées ? Ce double principe excluait les mères de la qualité de tutrices de leurs propres enfants.

Leur influence et leur action se retrouvent néanmoins à plus d'un égard. Elles sont spécialement appelées à diriger l'éducation de leurs enfants. Elles s'immiscent, en outre, fréquemment, dans l'administration des biens, soit que le testament du *paterfamilias* les y engageât, soit qu'elles n'y fussent conduites que par leur propre dévouement.

Dans les relations de droit que suscitaient des actes d'administration accomplis par elles, on ne les envisageait point comme tutrices. Ni une désignation testamentaire, ni la *datio* ou la *confirmatio* d'un magistrat ne pouvait leur conférer cette qualité. L'empereur seul avait le droit de la leur accorder par privilége spécial [1].

[1] L. 18 D. de tutelis (26,1).

Ce furent les empereurs chrétiens qui transformèrent ces concessions exceptionnelles en position légale et régulière. Ils soumirent la tutelle des mères à des conditions déterminées qui, une fois remplies par elles, leur assuraient la qualité légale de tutrices. Ces conditions se rapportent principalement à deux points : promesse de non mariage de la part de la mère, renonciation aux priviléges exceptionnels attachés à sa qualité de femme, et qui entraveraient l'exercice de la tutelle. Ces conditions furent diversement fixées et modifiées par une série de constitutions, depuis la première[1] promulguée sur ce sujet en 390, jusqu'aux Novelles de Justinien. Dans le dernier état du droit, la *tutela impuberum* peut être exercée, non-seulement par la mère, mais par l'aïeule, et par la concubine sur les *liberi naturales*. C'est de leur part un office purement volontaire; elles n'y sont admises que moyennant la promesse de ne pas convoler en secondes noces, la renonciation au SC. Velléien, et l'engagement de toute leur fortune en faveur du pupille. Un second mariage met fin à cette tutelle, enlève à la mère son droit d'éducation, et fait naître sur ses biens et sur ceux du second mari une hypothèque tacite.

§ 3. *Tutelle dative.*

Longtemps, la délation de la tutelle reposa exclusivement sur les deux modes que nous venons d'examiner, dérivant l'un et l'autre de l'autorité et des prérogatives de la famille.

[1] Valentinien II, Théodose I et Arcadius. L. 4. C. Th. de tutor. et cur. creand. (3,18).—L. 2 C. quando mulier (5).

La nomination directe des tuteurs ne comptait point au nombre des attributions légales des magistrats. Le principe développé dans les institutions germaniques, et d'après lequel les autorités publiques, doivent pourvoir d'office à la protection des incapables, dès que la famille ne suffit point à cette tâche, est étranger au droit romain. Ni la *jurisdictio*, ni l'*imperium* d'un magistrat, ne lui conférait ce droit de nommer des tuteurs. Une loi expresse, ou un acte ayant la force de loi, pouvait seule les en revêtir [1]. Avant qu'une pareille délégation eut lieu, l'action de la société politique, en matière de tutelle, s'est bornée à ces deux points : instituer la tutelle testamentaire et la tutelle légitime ; introduire une *cognitio suspecti*, que tout citoyen est en droit d'intenter (*actio popularis*, *judicium publicum*), dont tout magistrat doit connaître en vertu de sa *jurisdictio* et qui peut avoir pour effet la déposition du tuteur.

La *lex Atilia*, qui paraît dater du milieu du cinquième siècle [2], conféra dans la ville de Rome, au *prætor urbanus* et aux tribuns du peuple *(major pars tribunorum)*, le droit de nommer des tuteurs à tous ceux qui en seraient complétement dépourvus (*si cui nullus omnino tutor sit* [3]). On

[1] L. 6, § 2, D. de tutelis (26,1).

[2] La *lex Atilia* doit être postérieure à l'introduction de la préture urbaine (a° 387, U. C.), mais antérieure à la découverte des Bacchanales (a° 566, U. C.), à l'occasion de laquelle Tite-Live (liv. XXXIX, cap. 9) mentionne expressément une tutelle conférée par le préteur et les tribuns. La date la plus vraisemblable est 443, année dans laquelle *L. Atilius Regulus* était tribun du peuple.

[3] Gaius, I, § 185. Ulpien, XI, § 18.

voit que les deux éléments de la magistrature romaine, la préture patricienne et le tribunat plébéien, avaient été réunis pour cette importante fonction.

Le droit de nomination, contenu dans la *lex Atilia*, fut étendu aux gouverneurs des provinces par la *lex Julia et Titia*[1]. Ce nom désigne-t-il une seule loi ou deux lois différentes? L'usage grammatical des Romains, et le témoignage formel de Théophile, font incliner à cette dernière opinion. Quant à leur date respective, le champ des hypothèses est vaste. Mais, en se dirigeant à la fois, d'après la présomption interne déduite des événements qui ont pu nécessiter ces lois, et d'après la donnée plus extérieure fournie par leur nom, l'on arrive à des conclusions assez plausibles. La *lex Titia*, rapportée à l'an 526, U. C.[2], aurait été provoquée par l'institution de *præsides cum imperio*, qui furent envoyés pour la première fois cette année même, en Sicile et en Sardaigne; tandis que la *lex Julia*, œuvre d'Auguste, et promulguée lors du partage des provinces entre le sénat et le prince, aurait eu pour but d'étendre aux provinces de ce dernier, le principe de la *lex Titia*.

Les tuteurs ordinaires étaient seuls nommés en vertu de la *lex Atilia*, et portaient le nom de *tutores Atiliani*. Les curateurs et les tuteurs spéciaux l'étaient par le préteur, en vertu de sénatus-consultes ou de la coutume *(mores)* si souvent assimilée à la loi[3]. — Plus tard, cette organisation fut complétée par les empereurs : Claude confia d'une manière générale aux consuls, l'établissement de tous les tu-

[1] Gaius et Ulpien, *ibid.*

[2] *Quintus Titius*, tribun durant cette même année, serait ainsi l'auteur de cette loi.

[3] Gaius, I, § 182—184. Ulpien, XI, § 23, 24.

teurs et curateurs. Une enquête préalable sur leur capacité, devait, en outre, précéder la nomination; ce qui n'était point requis d'après la loi *Atilia*. La part des magistrats devint plus grande, car, ils étaient également chargés et de confirmer certaines tutelles testamentaires, et d'exiger une caution de la part du plus grand nombre des tuteurs. Aussi Marc Aurèle institua pour les tutelles un préteur spécial *(prætor tutelaris, pupillaris* [1]*)*.

Dans les provinces, les magistrats municipaux partagèrent avec les gouverneurs le droit de désigner les tuteurs : on sait que Justinien fixa, dans une constitution de l'an 530, leurs attributions respectives, en prenant pour base la valeur de la fortune des pupilles. Au-dessous de 500 *aurei*, la nomination pouvait être faite par le *defensor* de la cité, réuni à l'évêque, ou par les autres magistrats [2].

Établir des magistrats avec mission de nommer des tuteurs, serait une œuvre encore incomplète, si des mesures n'étaient prises dans le but de provoquer leur intervention, en signalant les cas dans lesquels l'établissement d'un tuteur est nécessaire. La *datio,* en un mot, doit être précédée de la *petitio.*

La *petitio* émane de ceux-là même auxquels la tutelle est destinée, lorsqu'ils sont capables d'action. Il en est ainsi pour la *tutela muliebris* et pour la *cura minorum.*

S'agit-il des impubères ou de toutes autres personnes dépourvues de capacité d'action, la *petitio* devient une

[1] Capitol. *in Marco,* c. 10. Prætorem tutelarem *primus* fecit, quum antea tutores a Consulibus poscerentur, ut *diligentius* de tutoribus tractaretus.

[2] L. 30 C. de ep. aud. (1,4), § 5. Inst. de Atil. tut. (1,20).

causa popularis à laquelle tous les citoyens sont admis. Mais si le droit est pour tous, il est quelques personnes unies avec le pupille par des liens de parenté ou d'intérêt, qui sont obligées d'exercer effectivement ce droit et de provoquer de la part du magistrat la *datio tutelæ (petitio necessaria)*.

Quelles sont ces personnes? — Ce sont d'abord le tuteur lui-même et ses héritiers, lorsque sa mort ou quelque autre événement exigent qu'il lui soit donné un successeur.

En second lieu, les affranchis du père du pupille : ceci rentre dans l'*obsequium* auquel ils sont tenus envers le patron et envers ses enfants, et dont la violation peut entraîner des peines très-graves.

La *petitio tutoris* était aussi comptée au nombre des offices de parents auxquels les *cognati* étaient tenus les uns vis-à-vis des autres. Ils étaient préférés à des étrangers voulant exercer aussi la *petitio*. La négligence d'un tel devoir, flétrie par l'opinion, n'entraîna, durant longtemps, aucun effet civil. Ce fut sous les empereurs que l'on transforma ce devoir en obligation stricte, imposée sous peine de la perte des droits de succession.

Un décret de Septime Sévère [1], est relatif à la mère du pupille. Il l'exclut de la succession *ab intestat* de ses enfants, dans le cas où elle aurait négligé de postuler nominativement pour eux l'établissement d'un tuteur. C'est le droit accordé aux mères par le *SC. Tertullianum*, que l'on faisait ainsi dépendre de l'accomplissement du devoir de *petitio*.

[1] L. 2, § 2 D. de tut. et curat. dat. (26,5) : un excellent commentaire d'Ulpien sur ce décret est renfermé dans L. 2, § 23. — L. 3 D. ad S. C. Tertull. (38,17.)

La jurisprudence assimila l'aïeule à la mère. Constantin (a° 357)[1], étendit cette obligation à tous les ascendants du pupille. Une constitution de Théodose II, de l'an 139[2], généralisa plus encore la *petitio necessaria*, en y soumettant tous ceux qui pouvaient hériter du pupille, soit *ab intestat*, soit par l'effet d'une substitution. Ont-ils laissé écouler une année sans provoquer la nomination de tuteurs, et l'enfant meurt-il avant l'âge de puberté, ils sont exclus de tout droit de succession.

La *datio tutoris*, effectuée par le magistrat, est un acte solennel[3], qui ne peut être lié ni à une condition, ni à un terme. L'importance des besoins auxquelles elle devait satisfaire, l'a fait comprendre au premier rang des affaires urgentes dont les magistrats étaient tenus de s'occuper durant les féries[4].

Le magistrat ne peut appeler à une tutelle, ni les personnes étrangères à sa juridiction, ni celles que la loi a exclues d'une manière générale. Son choix sera facilité par la présentation que la mère et les héritiers sont tenus de lui faire d'un ou de plusieurs sujets capables. La loi elle-même lui indique quelles sont les qualités qu'il doit rechercher essentiellement dans le tuteur : la conduite morale plus que la richesse, une volonté dévouée plutôt qu'une haute dignité[5].

Nous est-il permis d'aller plus loin dans cette recherche? Pouvons-nous prévoir sur quelle catégorie de per-

[1] L. I, C. Théod. Qui petant (3,18).
[2] 10 C. de legit. hered. (6,58).
[3] L. 77 de R. J. (50,17).
[4] L. 2 D. de feriis (2,12).
[5] L. 21, § 5, 6, D. de tut. et curat. (26,5).

sonnes le choix des magistrats a le plus de chance de tomber?

C'est en l'absence d'une tutelle légitime que l'on a recours aux magistrats. On peut même supposer que la diminution graduelle des *gentes*, a été une des circonstances qui ont déterminé la création d'une tutelle dative. Mais si la *gens* et les *agnati* font défaut, ne peut-il y avoir un frère émancipé, un oncle maternel, en un mot, des *cognati* sur lesquels devra se porter tout d'abord l'attention du préteur. Ce sont eux, peut-être, qui ont provoqué la nomination du tuteur, qui, réunis dans une sorte de conseil de famille, se sont occupés de l'éducation du pupille. Le *jus civile* les exclut de la tutelle légitime. Qu'importe le *jus civile* au préteur? Sa mission n'est-elle pas d'en modifier les prescriptions rigoureuses? N'est-ce pas lui qui vient, au moyen de la *bonorum possessio*, d'introduire dans l'ordre des successions, ces mêmes *cognati?*

Ainsi les personnes unies avec le pupille par le lien du sang paraissent avoir été naturellement désignées au choix du magistrat. Voir en eux les tuteurs habituels et normaux, c'est reconnaître la force des relations de parenté, c'est en même temps se conformer au principe du droit romain, qui lie intimement la tutelle avec la succession. Ce principe se manifeste dans la tutelle légitime. Les XII Tables ont réglé les deux institutions d'une manière uniforme, les constitutions impériales modifient parallèlement, pour l'un et pour l'autre, l'ancien droit civil. Mais entre ces points extrêmes il existe une lacune. Elle provient de ce que la tutelle suit dans son organisation les règles des successions civiles, tandis que la *bonorum possessio* prétorienne est venue transformer l'ordre réel des successions. Le parallélisme sera complété par la tutelle dative, si

nous la supposons confiée, essentiellement et en première ligne, aux *cognati* du pupille.

Cette hypothèse[1], qui au besoin peut s'appuyer sur un fragment du Digeste[2], est principalement confirmée par l'institution de la *potioris nominatio.* On désigne ainsi un genre d'excuse tiré, non de circonstances spéciales à celui qui, nommé tuteur, désire s'excuser, mais de la présentation faite par lui au magistrat d'une autre personne, comme étant plus capable de remplir ces fonctions[3].

Dans l'ancien droit, l'appréciation relative de la capacité du tuteur primitivement désigné et de celle du *nominatus*, était entièrement abandonnée au magistrat. Le *potior* pouvant à son tour se récuser en désignant une troisième personne, la tutelle risquait d'être longtemps inoccupée et l'intérêt du pupille gravement compromis. L'*Oratio Severi* sur la tutelle (195, p. Chr.), afin de remédier à cet inconvénient, fixa sur des bases nouvelles la *potioris nominatio*[4]. Elle forma dans ce but, d'après les relations soutenues avec le pupille, une classe de personnes comprenant les collègues du pupille ou de son père dans le décurionat, les affranchis, et ceux d'entre les *cognati* et *affines* qui sont exceptés des dispositions prohibitives de la loi *Julia et Papia,* c'est-à-dire tous les parents des six premiers

[1] Voy. Klenze, *Das Familienrecht der Cognaten,* p. 84, et Rudorff *op. cit.* §3.

[2] L. 1, § 23 de ventre in poss. mitt. Eligitur autem curator (ventris et bonorum) aut ex his qui tutores dati sunt posthumo : aut ex *necessariis adfinibusque* aut ex substitutis aut ex amicis defuncti, aut ex creditoribus.

[3] Paulli *Sent. Receptæ,* lib. II, tit. XXVIII.

[4] Frag. Vat. § 158. Cette disposition appartient à la même *Oratio Severi* qui a probibé l'aliénation des immeubles du pupille, sans un décret du magistrat.

degrés et deux appartenant au septième. D'après l'*Oratio Severi* la *potioris nominatio* est d'une part interdite aux personnes de cette classe; et d'autre part c'est sur elles seules qu'elle peut s'exercer. Seules, en d'autres termes, elles sont regardées comme *potiores*. Cette double prescription restreignait le choix efficace du magistrat, à un cercle privilégié, à peu près identique à celui que nous avons signalé. Si la *potioris nominatio* disparaît dans le droit de Justinien, n'est-ce point dû principalement à l'entrée des *cognati* dans la tutelle légitime?

§ 4. *Capacité des tuteurs. — Excuses.*

Quelques mots seulement sur ces deux points afin d'achever l'exposition des principes relatifs à la désignation des tuteurs.

Le droit romain influe sur le triple mode de désignation qu'il a institué, en déclarant d'avance, certaines classes de personnes incapables d'exercer les fonctions de tuteur.

Ce terme d'incapables se rapporte à deux positions juridiquement distinctes[1], dont la différence sera surtout sensible, si nous l'examinons en vue de la tutelle légitime. Il peut désigner, en effet, ou bien ceux qui ne peuvent absolument devenir tuteurs, de telle sorte qu'ils ne comptent point dans l'ordre de la tutelle légitime, et que celle-ci est immédiatement attribuée au degré suivant (c'est l'incapacité proprement dite), ou bien ceux auxquels la tutelle peut, il est vrai, être déférée, mais qui sont tenus de s'excuser *(excusationes necessariæ)*, sous peine d'être

[1] Voy. v. Löhr, *Kurze Bemerkungen zur Lehre von der Vormundschaft* (Archiv für die civilist. Prakis, t. XI). — Wangerow, *Leitfaden*, § 270.

déposés de leurs fonctions. Jusqu'à la nomination d'un autre tuteur ils en ont réellement la qualité, ils la gardent même lorsqu'on se borne à confier l'administration à un *curator*, et le droit de tutelle légitime s'épuisant en leur personne, il faut recourir à la *tutela dativa*.

Le premier degré d'incapacité provient de l'absence des qualités regardées comme indispensables à la tutelle. Ainsi le droit romain a de tout temps envisagé comme incapables d'être tuteurs, les esclaves et les *peregrini* [1]; puis les femmes, incapables d'un *virile munus*, et originairement placées elles-mêmes sous tutelle. — Lorsque les mères et aïeules furent admises à la tutelle, le second motif avait disparu et le premier avait exceptionnellement fléchi, devant l'intimité des liens qui les unissaient aux pupilles.

Le nouveau droit a augmenté cette liste. Tandis que l'âge ne constituait qu'une *excusatio necessaria*, et que l'impubère conservait le droit de *tutor legitimus* jusqu'à sa puberté, Justinien [2] exclut absolument les mineurs de toute tutelle. L'incapacité des soldats est établie dès le troisième siècle de l'ère chrétienne [3]. Celle des moines et des évêques l'a été par Justinien.

Les *excusationes necessariæ* peuvent se diviser en deux groupes. Les unes dérivent de motifs généraux et excluent de la tutelle dans tous les cas. Ce sont des infirmités intellectuelles ou physiques, qui rendent impropres à l'administration d'une fortune : la folie, la surdité,

[1] Une exception paraît avoir été faite en faveur des *Latini Juniani*, au moins pour la tutelle dative.

[2] L. 5 C. de legit. tutor. (5,30).

[3] Const. de l'emper. Philippe (aº 244). — L. 4 C. qui dare tutores (5,34).

[4] Nov. 123, cap. 5.

le mutisme, la cécité. L'interdiction pour cause de prodigalité est comprise dans cette catégorie, en vertu, sinon de textes formels, du moins de l'esprit général de la législation de Justinien. Ce sont là autant de causes qui, d'ordinaire, peuvent nécessiter l'établissement de curateurs.

Les autres *excusationes necessariæ*, dont nous avons formé un second groupe, ne sont relatives qu'à certaines tutelles. Reposant sur des considérations d'ordre moral, elles dérivent en général de la position respective du tuteur et du pupille, laquelle fait présumer que la tutelle ne serait pas administrée d'une manière satisfaisante pour les intérêts du pupille. Avoir vécu dans un état d'inimitié capitale avec les parents du pupille, être créancier ou débiteur du pupille, s'être imposé à la tutelle, être exclu enfin par la volonté du père ou de la mère : telles sont les diverses causes de cette incapacité relative.

Une tutelle légalement déférée est obligatoire pour toute personne non comprise dans les catégories d'exclusion. Ce principe est, pour ainsi dire, la clef de voûte de toute l'organisation des tutelles. Il en fait une charge publique, *munus civile*, auquel le citoyen ne peut se refuser. La *tutela muliebris*, en raison de son caractère de droit privé, n'a jamais comporté cette règle, qui a été principalement fixée et développée durant la troisième période du droit romain.

Le principe de l'obligation devait être immédiatement accompagné d'un certain nombre d'exceptions (*excusationes*). L'*excusatio* est essentiellement une faveur faite à l'*immunis*. Mais elle peut renfermer en même temps une mesure de garantie pour les pupilles. Toutes les fois en effet, que l'*excusatio* est fondée sur des circonstances

spéciales de nature à rendre les fonctions de tuteur extraordinairement difficiles et pénibles, on eût pu craindre, en imposant la tutelle, dans de pareilles circonstances, de nuire aux intérêts des pupilles.

Ainsi les *excusationes* tirées de l'âge avancé du tuteur, d'une extrême pauvreté, d'une grande ignorance (*rusticitas*), du nombre des enfants, de celui des tutelles déjà exercées, etc., présentent tout à fait ce caractère. Sensible encore, mais à un bien faible degré, dans les *excusationes* tirées d'emplois publics, il disparaît entièrement, dans ces excuses multipliées à l'infini par les constitutions impériales, et constituant un pur privilége en faveur de certaines professions ou corporations. L'énumération dans le *Corpus Juris*[1] de ces causes d'*excusatio* est plus curieuse à parcourir, en raison des renseignements qu'elle nous fournit sur certains points de l'organisation politique et sociale de l'empire romain, qu'utile à faire connaître l'institution de la tutelle.

Un point cependant est digne de remarque. Les *excusationes*, qui ne sont autre chose que des exceptions, subissent elles-mêmes également des exceptions. Ces dernières sont fondées sur certains liens existant entre le tuteur et le pupille, qui augmentent le caractère obligatoire de la tutelle, et annulent l'effet des motifs généraux d'excuse.

Nous avons indiqué déjà l'influence de la parenté sur la *potioris nominatio*. Une prescription plus absolue se rapporte aux affranchis : ils sont astreints, en vertu de l'*obsequium* qu'ils doivent à leur patron, d'exercer sur les en-

[1] Voy. F. Vatic., § 123—248. Tit. Dig. De excusationibus, XXVII, 1, etc.

fants ou descendants de ce dernier [1], les fonctions de tuteurs qui leur sont déférées, sans être admis à présenter d'*excusatio*. Les *sodales*, membres d'une même corporation, d'un même *collegium*, sont unis par des rapports semblables en plus d'un point à ceux des *cognati* et des *affines*. Aussi plusieurs des *excusationes* établies en faveur de *collegia*, ne s'appliquent point aux tutelles déférées sur les enfants de *sodales*. Les *sénateurs* ne peuvent faire valoir d'*excusatio* vis à vis de fils de sénateurs. Il en est de même pour certaines classes de militaires (vétérans, *primipilares, inquilini castrorum*), pour le décurionat et pour certaines corporations d'ouvriers (*fabri*, *navicularii*).

CHAPITRE VII.

Esquisse générale des fonctions des tuteurs et curateurs.

En sortant de la *patria potestas*, le pupille se présente à nous sous un double aspect : en premier lieu c'est une personne physique et morale dont l'entretien et l'éducation exigent les soins de personnes plus avancées en âge : en second lieu, c'est un sujet de droits civils, incapable d'exercer lui-même ces droits.

Satisfaire au premier de ces besoins ne rentre pas, d'après les principes du droit romain, dans le domaine spécial de la tutelle. Les décisions relatives au séjour et à l'éducation du pupille sont de la compétence du préteur. Il rend à cet égard un décret en suite d'une *causæ cognitio*

[1] Cette prescription a été introduite par un *SConsultum ad Orationem Marci et Veri*. Frag. Vat., § 211, 220, 224. L. 14 D. de tut. dat. (26,5).

et en consultant non pas ses *assessores* ordinaires mais les *propinqui* et *affines* du pupille. Le tuteur a, du reste, voix délibérative dans cette espèce de conseil de famille. On se réfère d'abord aux volontés exprimées dans le testament du père. Ce ne sont pas cependant des ordres absolus : le tuteur peut, doit même s'en éloigner, s'il trouve, par exemple, que la personne désignée par le père pour élever ses enfants, n'offre point les garanties nécessaires à leur moralité ou à leur bien-être[1]. Le testament paternel garde-t-il le silence, c'est à la mère, à moins de second mariage, que l'éducation des enfants est ordinairement confiée [2] : elle est, suivant l'expression d'une loi romaine[3] *magis idonea quam alii omnes.* A defaut de la mère ou dans le cas où son droit lui serait contesté, le préteur désigne lui-même la personne chargée de l'éducation ; il a même le droit de forcer à l'acceptation de cet office un des affranchis du père du pupille ou l'un d'entre ses *cognati* et *affines*[4]. Le magistrat est invité par les lois à se diriger dans ce choix d'après les qualités morales de la personne, sa fortune, son affection pour le pupille et à ne point confier celui-ci à son héritier présomptif[5]. Cette dernière règle atteint fréquemment le tuteur, et l'exclut alors complétement d'une fonction, à laquelle d'ailleurs, il ne peut jamais être obligé.

La fixation des sommes nécessaires à l'entretien du

[1] L. 7, D. de annuis legatis (33,1). L. 1, § 1, L. 5, D. ubi pupillus (27,2).

[2] L. 2 C. ubi pup. (5,49).

[3] Nov. XXII, cap. 38.

[4] L. 1, § 2, D. ubi pup. (27,2). L. 1, C. ubi pupill. *in fin* (5,49).

[5] L. 1, § 1, D. ubi pup. (27,2). L. 2, C. *ib.* (5,49).

pupille est également réservée au magistrat : les parents, le tuteur provoquent sa décision ; n'a-t-elle pas eu lieu, par la faute du tuteur, celui-ci devient strictement responsable de toutes les dépenses. A-t-il entièrement négligé de pourvoir à l'entretien du pupille, c'est là une cause de déposition qui peut entraîner en outre une peine criminelle.

Le pupille, avons-nous dit, est un sujet de droits, incapable de les exercer lui-même. Remédier à cet égard à son incapacité, tel est le but essentiel des fonctions du tuteur et du curateur. Ces deux genres d'autorités se réunissent en ce point. La *persona* confiée au tuteur et opposée à la *res* ou *causa* du *curator* [1], c'est la personnalité juridique ; en la complétant pour ainsi dire par son *auctoritas*, le tuteur ne fait autre chose que rendre le pupille apte à exercer ses droits. C'est le *mode*, non le *but*, qui le différencie du *curator* et ce mode lui-même perd toujours plus de son importance. Les droits appartenant à l'incapable, et dont l'exercice est confié temporairement au tuteur ou curateur, sont des droits de fortune. Il suffit de cette remarque, pour prévoir avec quelle richesse de développement et avec quelle précision, le droit romain aura fixé les rapports qu'une pareille position crée entre ces deux personnes. Les règles de la tutelle sont exposées en détail dans les écrits des jurisconsultes et les constitutions impériales. Mais elles ne sauraient trouver place ici : ce n'est point un traité de la tutelle que nous écrivons ; il nous suffira de signaler, en vue du but de l'institution tout entière, les principales attributions du tuteur. Le *tutor muliebris* n'avait d'autre fonction que l'*auctoritatis interpositio* : tous les autres sont chargés d'une administration

[1] Voy. plus haut p. 45, note 2.

de biens. Le tuteur du pupille, de même que le curateur du mineur, du fou, et du prodigue, exerce à l'égard des biens de l'incapable tous les droits du propriétaire : *domini loco est, personam domini substinet*, disent les jurisconsultes. Mais ce pouvoir étendu lui ayant été attribué dans un certain but, savoir l'administration intelligente et loyale de la fortune de l'incapable *(ad utilitatem, quantum ad providentiam pupillarem)*, ce but est destiné à servir de limites au pouvoir du tuteur, et de règle à ses fonctions.

Comment cette règle sera-t-elle introduite dans la pratique? comment des limites seront-elles posées au pouvoir du tuteur de manière à le faire coïncider avec le bien du pupille? Observons d'abord que l'*officium*, le *munus* imposé au tuteur crée la responsabilité de ses actes : responsabilité civile, au moyen de l'*actio tutelæ*, responsabilité pénale, au moyen de la *cognitio suspecti* qui met un terme aux fonctions et peut entraîner des peines sévères. Cette double responsabilité, placée à l'expiration de la tutelle, influe sur sa marche tout entière. C'est la garantie permanente des intérêts du pupille, c'est la sanction de toutes les prescriptions établies par les lois sur divers points de l'administration. A son tour la responsabilité est corroborée par diverses autres mesures et institutions. En premier lieu, les tuteurs (sauf ceux dont la nomination provient d'un testament ou du choix d'un magistrat supérieur) sont tenus, à leur entrée en charge, de fournir des cautions qui stipulent: *rem pupilli salvam fore*. Une hypothèque légale, admise déjà sous Constantin, mais dont nous ignorons l'origine, est conférée au pupille sur les biens du tuteur. Il est enfin, outre les tuteurs et leurs cautions, certaines personnes

contre lesquelles une action subsidiaire peut être exercée: tels sont les *affirmatores*, qui ont témoigné de la capacité du tuteur, les *nominatores*, qui l'ont présenté, et même d'après une constitution de Trajan, les magistrats municipaux qui n'ont pas exigé une *satisdatio* suffisante.

En fondant ou complétant la responsabilité du tuteur, ces institutions constituent une limite extrême à son pouvoir et à ses actes. Mais en dedans de cette limite, durant le cours même des fonctions de la tutelle, le tuteur est soumis à des règles déterminées, et à un certain contrôle. On peut reconnaître à l'administration du tuteur trois genres et en même temps trois degrés de restrictions. En premier lieu, la volonté exprimée par le testament du père: elle ne lie le tuteur qu'autant qu'elle se peut concilier avec les principes d'une bonne administration et avec l'intérêt du pupille: elle a plutôt le caractère d'une instruction que celui d'un ordre proprement dit. En second lieu, l'édit, la théorie juridique et les constitutions avaient fixé en détail le mode de l'administration. Ces règles forment ainsi la base de l'*actio tutelæ*, qui seule à son tour leur donne une vraie garantie. Il est enfin quelques actes importants, que le tuteur ne peut valablement accomplir sans l'autorisation d'un magistrat. Nous voyons apparaître en effet, dans le courant de la troisième période du droit romain, ce contrôle administratif de l'autorité déjà connu dans le droit grec, et qui a pris dans les législations modernes, des proportions beaucoup plus grandes.

Indiquons un ou deux des points sur lesquels portent ces règles: disons quels actes sont soumis au contrôle du magistrat. Le principe du droit romain étant de fixer pour chaque obligation un degré dans l'échelle des responsabilités, la règle la plus importante à noter c'est que

le tuteur et le curateur sont tenus des mêmes soins qu'ils apportent à leurs propres affaires : *præstando dolum et culpam et quantum in rebus suis diligentiam* [1].

Le point de départ nécessaire de l'administration, est l'établissement d'un inventaire. Tous les tuteurs et curateurs, la mère elle-même, y sont astreints.

Les soins du tuteur pour la fortune, portent tour à tour sur son maintien intégral, sur sa mise en valeur, sur son augmentation possible, sur les dispositions que le tuteur peut en faire, sur l'extinction des obligations du pupille, et enfin, sur la conduite des procès. Les lois romaines suivent pas à pas ces diverses fonctions et les accompagnent, soit de recommandations soit de prescriptions positives. En particulier les règles relatives au placement des capitaux, sont nombreuses, mais fréquemment modifiées par la législation.

D'entre les actes sur lesquels pèse la nécessité d'une autorisation supérieure, le plus important est l'aliénation de certains biens des mineurs. Indiquons, à cet égard, les principes de la législation romaine. Le tuteur a sur les biens qu'il administre le droit de disposition. Mais il a ce droit dans la limite permanente tracée par le but de ses fonctions, c'est à dire autant que ces dispositions sont conformes à une administration intelligente. En conformité de ce principe, les dépenses nécessaires à l'entretien du pupille, à l'administration de ses biens, au paiement de dettes et d'impôts, sont prescrites au tuteur ; les libéralités, au contraire, sauf celles qui reposeraient sur une obligation morale, lui sont interdites.

C'est là que le droit romain, jusqu'à la fin du second siècle de l'ère chrétienne, arrêtait ses prescriptions. *L'O-*

[1] L. 1, pr. D. de tut. act. (27,3), cp. L. 10 D. eod. tit°.

ratio Severi, cette loi sur la tutelle, que déjà nous avons mentionnée, vint, en l'année 195 introduire sur cette matière un principe nouveau, et limiter considérablement le droit d'aliénation.

Le but de cette *Oratio*[1] est évidemment de maintenir intacts jusqu'à la majorité du pupille, les fonds ruraux *(prædia rustica et suburbana)* compris dans l'héritage paternel. A cette fin, l'aliénation de tels immeubles est en principe interdite aux tuteurs et curateurs ; deux cas sont exceptés : le premier est celui du consentement donné à l'aliénation dans le testament du père ; le second se présente lorsque le montant des dettes du pupille commande cette aliénation ; mais alors elle ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un décret prononcé après enquête préalable par le *prætor urbanus*. Effectuée en dehors de ces conditions, l'aliénation serait absolument nulle. A la défense d'aliéner est jointe celle d'hypothéquer : celle-ci n'est pas, il est vrai, formellement énoncée dans l'*Oratio*, mais elle découle de l'ensemble de ses dispositions.

Le principe posé dans ce décret fut plus tard développé, soit par la jurisprudence, soit par la législation. Il se manifeste dans ce développement une tendance digne d'attention. Les dispositions restrictives du pouvoir tutélaire sont étendues et généralisées : tandis que les exceptions établies à la défense d'aliéner, sont interprétées de la manière la plus rigoureuse. Cette marche a été sans doute dictée aux jurisconsultes par leur désir de mettre un frein aux nombreux abus de l'autorité tutélaire.

Le développement extensif de l'*Oratio* s'effectue si-

[1] Le texte se trouve dans : L. 1, pr. D. de rebus eorum, etc. (27,9). Sur l'*Oratio Severi*, voy. Bachofen, *Ausgewählte Lehren des R. R. Abhand.*, IV.

simultanément dans plusieurs directions. Quant aux personnes atteintes par la prohibition, on appliqua celle-ci à toute espèce de tuteurs, puis on la transporta des tuteurs aux pupilles eux-mêmes. Les *minores* dépourvus de curateurs, même ceux qui avaient obtenu la *venia ætatis*, furent soumis à la même défense : une limitation du pouvoir tutélaire devint une restriction du droit de propriété lui-même.

Quant aux objets dont l'aliénation était interdite sans le décret du magistrat, l'extension s'offre à nous sous une double face. La règle était restreinte aux successions paternelles ; on leur assimila toute espèce de successions, puis les acquêts et généralement tous les *pupillaria prædia*. D'autre part, on ne se restreignit plus aux *prædia rustica et suburbana*. La jurisprudence y comprit d'autres biens. La législation innova plus encore : Constantin[1] (n° 326) étendit le principe de l'*Oratio* à toute la fortune mobilière et immobilière, sauf des exceptions peu importantes. La nécessité d'un décret s'étend ainsi sur presque tous les capitaux des pupilles et des mineurs. Certaines différences subsistèrent néanmoins entre les diverses catégories de biens.

Un second acte fut également soumis, dans le dernier état du droit romain, au contrôle de l'autorité. Il était dans le pouvoir du tuteur d'éteindre les obligations du pupille : mais Justinien[2] fit dépendre d'un décret du magistrat, la validité de paiements de capitaux dus au pupille.

Les diverses fonctions que nous venons de parcourir appartiennent aux curateurs assi bien qu'aux tuteurs ; mais ces derniers seuls sont appelés à corroborer par leur *auctoritas* les actes du pupille. Aucunes paroles solennelles

[1] L. 22 C. de adm. tut. (5,37.)

[2] L. 25 C. de adm. et peric. (5.37.)

ne sont exigées pour l'*auctoritas* : mais le tuteur doit être présent et approuver l'acte du pupille immédiatement après sa conclusion. L'*auctoritas* doit être absolue, sans conditions, et ne pas avoir lieu dans l'affaire propre du tuteur *(in rem suam auctor esse non potest)* : le tuteur se trouverait, en effet, avoir contracté avec lui-même.

Nous devons indiquer ici quels sont les cas dans lesquels l'*auctoritas* est nécessaire; ce qui se lie à une autre question plus générale : De quelle manière les tuteurs et curateurs suppléent-ils à l'incapacité du pupille?

L'*auctoritas* était, pour les pupilles, nécessitée à la fois par leur incapacité d'action, et par leur inaptitude à certains actes solennels liés à des formes politiques. Nous avons vu que l'incapacité d'action est regardée comme absolue durant la période de l'*infantia* : elle se restreint pour les *impuberes qui fari possunt* aux actes seuls par lesquels ils diminuent leurs droits *(deteriorem faciunt conditionem)*. D'autre part l'*auctoritas*, exigeant la présence et la participation du pupille, elle ne saurait avoir lieu pour les *infantes*.

Lorsque le pupille était à la fois incapable d'agir lui-même valablement et inapte à l'*auctoritas*, le tuteur était en présence de deux moyens. Il pouvait d'abord faire exécuter les actes par une personne soumise à la *potestas* de son subordonné. A l'égard du pupille il ne peut s'agir que d'esclaves. L'esclave est tenu d'obéir aux ordres du tuteur, comme s'il était son maître : et tous les actes accomplis par lui et aboutissant à une augmentation de fortune profitent au pupille.

Le second moyen, pour le tuteur, serait d'agir lui-même; mais les droits acquis pour ou contre lui ne pouvaient, d'après l'ancien droit, être attribués à un autre qu'à lui-

même : le pupille leur demeurait complétement étranger. Le tuteur était, nous l'avons déjà remarqué, dans l'impossibilité de représenter l'incapable.

La seule issue était, pour le tuteur, de contracter en son propre nom, de rester ainsi lui-même sujet de droits et d'obligations jusqu'au moment où il pouvait en tenir compte à son pupille, dans le *judicium directum et contrarium tutelæ*. Lorsque ce mode indirect de transport de droits est exclu lui-même par la forme des actes (ainsi lors d'une *hereditatis cretio*, etc.), l'accomplissement de pareils actes est suspendu jusqu'au moment où le pupille peut les accomplir lui-même.

Le nouveau droit a tempéré, sur presque tous les points, cette rigueur de principes. Le tuteur est admis à représenter le pupille activement et passivement (*ex facto tutorum vel curatorum minores agere vel conveniri posse*). Le rôle donné à la tradition dans l'acquisition de la propriété et le système des *actiones utiles*, tels ont été les principaux intermédiaires de ce changement opéré dans la position respective du tuteur et du pupille. Mais ces modifications graduelles sont tellement liées aux formes de la procédure romaine, qu'il faudrait, pour les suivre pas à pas et en détail, entrer dans des développements qui nous sont interdits.

La gestion occupe dès lors une place considérable dans les fonctions des tuteurs ; elle contribue à les assimiler aux curateurs. Un *curator* peut être dès lors assigné à l'impubère, sauf à implorer le secours d'un tuteur spécial, lors d'un petit nombre d'actes solennels [1].

Le curateur est quelquefois appelé à joindre à l'admi-

[1] Voyez texte cité, p. 18, note 5.

nistration des biens une approbation des actes du mineur. Le *consensus*, qui n'est pas astreint aux conditions rigoureuses de l'*auctoritas* et n'en a point la valeur, est principalement nécessaire dans deux cas : lors d'une aliénation portant sur la fortune que le curateur administre, et lors de procès civils et criminels, dans lesquels le mineur est en cause.

TABLE DES MATIÈRES.





